

جامعة المنوفية
كلية الحقوق

المدخل في نظرية القانون

تأليف
د/ سعيد سعد عبد السلام
وكيل كلية الحقوق

الطبعة الأولى
٢٠٠٢ / ٢٠٠٣م

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الأمر الذى لا مراء فيه أن هناك حقيقة اجتماعية لا يمكن أن تندثر ، مهما طال الزمن ألا وهى أن الانسان ذو طابع إجتماعى بطبيعته . وهذه الحقيقة نشأت عن كونه لا يتصور أن يعيش منعزلا منفردا . بل أنه يجئ مع آخرين ولاشك أنه تتولد عن هذه المعايشة كثير من المصالح المتشعبة . وتتصارع هذه المصالح للتأثير على الصراع بين أفراد الجماعات داخل المجتمع . وبالطبيعة والفطرة . يسعى الانسان الى الصراع مع غيره باللجوء الى العنف ليحقق هذه المصالح المتعارضة . غير أن أسلوب العنف هذا لا يحقق أى استقراراً وأمن لأفراد الجماعة . وهذا يضطر الإنسان إلى اللجوء إلى اتباع سلوك سوى بالاتفاق مع الآخرين المتواجدين معه لتحديد حقوق والتزامات كل طرف تجاه الآخر . وينشأ من هنا قاعدة سلوكية تنظم مصالح الأفراد . والأمر الذى لا خلاف حوله أن هذه القاعدة لايمكن أن تأتى ثمارها إلا بإسنادها إلي سلطة تملك الجبر وتوقع الجزاء على مخالفة هذه القواعد . وهذا ما جعل للقانون ضرورة اجتماعية حتمية . فينشأ القانون بتنظيم حياة الجماعة . فهو يهدف الى تنظيم الحياة الإجتماعية وفى سبيل تحقيق هذا الهدف المنشود

يتدخل المشرع لفرض مجموعة من التنظيمات والقيود التي تحقق أكبر قدر من التوازن والتنسيق بين المصالح المتعارضة لأفراد الجماعة .

وفى هذه الآونة الأخيرة من القرن العشرين ونحن على مشارف الألفية الثالثة ذاع التدخل القانوني الآمر فى كل المسائل سواء كانت عامة أو خاصة . وخاصة مع التطور الحديث فى مجال الثورة العلمية الرقمية . والذى زاد هذه المهمة تعقيدا هو سطو الغرب على الدول النامية . فكشفت الأبحاث الحديثة عن سيطرة الغرب في مجال المعلوماتية والتكنولوجيا الحيوية على جميع الدول النامية . وربطها معا برباط يصعب الفكاك منه . ومن هنا كانت مهمة القواعد القانونية كوسيلة لتصحيح المسار التشريعى الدولى وخاصة فى مجال الملكية الفكرية وما صاحبه انتشار اتفاقية التربس وبرن على الدول المتقدمة . وما على المشرع في الدول المتقدمة إلا مسايرة هذه التكنولوجيا الحديثة لحماية مواطنيه في الدول النامية . بوضع قواعد تشريعية مواكبة لهذا التطور المذهل . ومن هنا كانت دراسة القانون لها أهمية عظمى فى حياة الملايين من البشر الذين يقطنون على سطح اقليم الدولة. ولهذا هنا كانت الصلة بين القانون وظاهرة أخري هى الحق وثيقة . فلا يوجد الحق الا نتيجة هذه القواعد القانونية فحيث ترد القاعدة القانونية على وضع يتسلط فيه شخص

على شئ معين ويحميه فى مواجهة الآخرين . فيقال لهذا الشخص حق يخوله الاستئثار والتسلط ويمنع الآخرين من التعرض له .

ومن أجل ذلك فإننا قد عكفنا على دراسة المبادئ العامة فى نظرية القانون لنضع أمام القارئ حقيقة لا غنى عنها وهى : الوصول بمصالح الأفراد إلي منتهى الاستقرار والأمن داخل المجتمع . وقد يسر الله علينا مهمة الدراسة فى هذا المؤلف بالخطة التالية :

خطة الدراسة والبحث

المدخل لدراسة القانون

فى ثلاثة أبواب هى :

الباب الأول : تعريف القانون والقاعدة القانونية

الفصل الأول : ماهية القانون وصلته بالعلوم الأخرى

الفصل الثانى : ماهية القاعدة القانونية وخصائصها وأنواعها

الباب الثانى : مصادر القانون وأنواعه وتفسيره

الفصل الأول : أنواع القانون

الباب الأول

تعريف القانون والقاعدة القانونية

تمهيد :

فرضت الضرورة الواقعية وجود تلازم بين القانون والقاعدة القانونية . فالقانون يهدف الى تنظيم علاقات الأفراد فيما بينهم . ووسيلته فى ذلك هى فرض قواعد سلوكية تحدد للأفراد واجباتهم والتزاماتهم . وهذه القواعد الأخيرة يقصد بها القواعد القانونية . ومن ثم فقد باب لزاما علينا فى مجال الدراسة أن نوزع البحث فى هذا الباب بالدراسة على فصلين . يتناول الفصل الأول : ماهية القانون وعلاقته بالقواعد الأخرى . بينما يأتى الفصل الثانى ليتناول : القاعدة القانونية وأنواعها وخصائصها وذلك كما يلى :

الفصل الأول
ماهية القانون
وصلته بالعلوم الأخرى

ماهية القانون :

يقصد بكلمة القانون فى مجال اللغة " كل قاعدة مطردة " مثل قانون الجاذبية وقانون العرض والطلب . وهذه القاعدة المطردة تحوى علاقة بين ظاهرتين بحيث يحدث أمر معين كلما توافرت ظروف خاصة[١].

غير أننا فى مجال الدراسة والبحث القانونى فإن لفظ القانون له العديد من المعانى ففى معناه العام [٢]" أنه مجموعة من القواعد التي تنظم سلوك الأفراد فى المجتمع تنظيما يحقق الخير للفرد ويكفل التقدم للجماعة . والتي تتولى تنفيذها جبرا على أفراد المجتمع سلطة عليا فى البلاد ".

وقد يقصد بلفظ القانون كما عبر البعض " أنه يطلق على مجموعة القواعد المطبقة فى بلد معين وفى زمن معين . فقال

---

(١) انظر د/ أبو زيد عبدالباقى محاضرات فى نظرية القانون عام ١٩٨٥/١٩٨٦ ص ٦-٧.

(٢) انظر د/ محمود جمال الدين زكى دروس فيمقدمة الدراسات القانونية عام ١٩٩٦ فقرة رقم ١ .

القانون الفرنسي . أو القانون الأمريكي أو القانون المصرى .

كما يطلق لفظ القانون كذلك على القواعد القانونية التي تنظم رابطة معينة من الروابط مثل القواعد التي تنظم العلاقات بين أفراد لا يحترفون التجارة . وكذلك يقصد بكلمة القانون القواعد القانونية التى تصدرها السلطة التشريعية على الوارد فى الدستور لتمييزها عن غيرها من القواعد القانونية الأخرى التي تصدرها السلطة التنفيذية مثل تشريعات الضرورة واللوائح البوليسية .

ونخلص من ذلك إلى أنه يقصد بكلمة القانون فى مجال الدراسات القانونية وكما ذهب البعض [١]" أنه مجموعة القواعد التي تنظم سلوك الأفراد فى الدولة التى تكفل السلطة العامة احترامها وذلك عن طريق جزاء يوقع جبراً على من يخالف هذه القواعد عند اللزوم ".

ويعد هذا العرض الموجز لفكرة القانون لابد من ايضاح العديد من المصطلحات القانونية على النحو التالى :

---

(١) انظر د/ عبدالودود يحيى المدخل لدراسة القانون عام ١٩٧٠ ص ١٥-١٦.

أ - القانون والمراكز القانونية :

يثور التساؤل . هل المراكز القانونية تنشأ قبل القانون أم القانون ينشأ قبل المراكز القاننية ؟

تصدى البعض فى الفقه [١] الى الاجابة على هذا التساؤل بالقول " أن القاعدة القانونية تتفق مع المركز القانونى فى أن كلاهما ينطوى على قوة الأمر القانونى . ولكن يفرق بينهما أن القاعدة القانونية تتسم بالعمومية والتجريد . وسوف نعرض لاحقا لأهم خصائص هذه القاعدة القانونية فى حين أن المركز القانونى يتسم بالانفراد والخصوصية " ونظرا لأن المراكز القانونية تعتمد على موافقتها للقواعد القانونية . فيترتب على ذلك نتيجة مؤداها وجود القاعدة القانونية قبل نشأة المركز القانونى .

ويعني لنا ونحن بصدد الحديث عن فكرة المراكز القانونية . فقد ذهب صاحب هذا النظر إلى أن المراكز القانونية نوعين . النوع الأول : ويقصد به المراكز القانونية الشخصية أى تلك التي تتسم بالغنم . وتضم هذه المراكز الشخصية " الحقوق الخاصة " مثل حق

---

(١) انظر د/ سمير عبد السيد تناغو النظرية العامة للقانون عام ١٩٨٦ ص ٢٦-٢٧.

الملكية – وحق الدائنين . وهذه المراكز الشخصية تنبع من مباشرة الحريات العامة والشخصية والحقوق . وتضم هذه المراكز أيضا بعض الأعباء والقيود القانونية على الحقوق مثل قاعدة الا تركة بعد سداد الديون . والقيود الواردة على فتح المطلات والمناور والنوع الثانى هو المراكز القانونية الموضوعية التي تتسم بالغنم والغرم معا . ومثل هذه المراكز مركز الزوج فى الأسرة فيقع عليه واجب الانفاق على الأسرة فى رعاية أولاده وحماية القصر بالخضوع لنظام قانونى مثل الوصى والقيم والمساعد القضائى .

ب – القانون والقاعدة القانونية :

لما كان القانون كما ذهب البعض [١]" أنه مجموعة من القواعد العامة التي تنظم سلوك الأفراد فى المجتمع والتى تتولى السلطة العامة فرض احترامه عن طريق جزاء يوقع على مخالفة هذه القواعد".

فالقاعدة القانونية هى إذ الأساس الذى يقوم عليه بنيان القانون. غير أنه لا تطابق مطلقا بين تعبير القاعدة القانونية مع تعبير النص القانونى . فالمقصود بالأخير القانون المكتوب . أما

---

(١) انظر د/ حمدى عبدالرحمن أحمد فكرة القانون عام ١٩٩١ الطبعة الثانية ص ٨-٩.

القاعدة القانونية فقد تكون مكتوبة كما هو الحال فى صورة التشريع الصادر عن السلطات المختصة فى الدولة . وقد تكون غير مكتوبة أى قاعدة عرفية اتبعها الأفراد داخل المجتمع حتى نشأ فى الاعتقاد لديهم أنها أصبحت ملزمة . كما أن القاعدة القانونية تحوى عنصرين هما : الفرض والأثر ولنسوق المثال التالى لتوضيح هذين العنصرين : تنص المادة ١٦٣ مدنى التى تضع الأساس القانونى للمسئولية التقصيرية عن الأعمال الشخصية " كل خطأ سبب ضرراً للغير فيلتزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر " . فالفرض وهو العنصر الأول فى القاعدة القانونية هو الخطأ الشخصى الذى بدر من الفاعل . والأثر هو العنصر الثانى من القاعدة القانونية : هو الضرر المترتب على هذا الخطأ . ويضيف صاحب هذا الاتجاه . أنه يتعين ملاحظة أن القانون قد لا يتضمن مجموعة قواعد قانونية . بل قد يصدر متضمنا قاعدة قانونية واحدة فى بعض الحالات . وسواء تضمن مجموعة من القواعد القانونية أو قاعدة واحدة فانه يحمل اسم قانون واحد . فيقال مثلا قانون هيئة النيابة الادارية - قانون ضباط أفراد الشرطة - قانون الهيئات القضائية - قانون ضباط القوات المسلحة . وأبرز صاحب هذا الاتجاه مثال القانون الذى يحوى قاعدة قانونية واحدة (

القانون رقم ٧٦ لسنة ١٩٦٩ بشأن المهجرين من محافظات بورسعيد والسويس والاسماعيلية فقد تضمن قاعدة هى : لا يجوز الحكم بالاخلاء أو الطرد من الأماكن المؤجرة لهؤلاء المهجرين من محافظات القناة اذا كان شغلهم للمسكن قد تم بطريق التنازل عن العقد أو التأجير من الباطن دون اذن من المالك الأصلى ".

صلة القانون بالقواعد الأخرى :

لما كان القانون يشاركه بعض القواعد الأخرى فى حكم سلوك الأفراد فى المجتمع فقد بات لزاما علينا ايضاح حقيقة العلاقة بين القانون وغيره من القواعد الأخرى الاجتماعية مثل قواعد الدين والاخلاق - المجاملات - العلوم الاجتماعية الأخرى ، وسوف نتولى شرح ذلك على النحو التالى :

١ - القانون وقواعد الدين :

يقصد بقواعد الدين كما ذهب البعض [(١)]، أنها مجموعة القواعد التي يسنها الله سبحانه وتعالى لعباده أيا كان مصدر هذه القاعدة وأيا كان الدين السماوى التي انشقت منه فيقال الدين

---

(١) انظر د/ حسام الأهوانى المدخل لدراسة القانون عام ١٩٩٧ ص ٢٦ - ٢٧.

الاسلامى الدين المسيحى الدين اليهودى . وتتفق القواعد القانونية والدينية فى أنهما من قواعد السلوك . ولم يكتف الشرع الاسلامى الحنيف بتنظيم علاقة الأفراد فيما بينهم ولكنه يتناول علاقة الانسان بربه . ويربط الدين بين مظاهر السلوك الخارجى فقط دون الاعتداد بالبواعث والنوايا . فلا يعتد فى السرقة بحسن نية السارق أنه كان يسرق لينفق على فقراء قومه وهكذا . وتتميز قواعد الدين عن قواعد القانون كما يذهب البعض الآخر [١]، فى طبيعة الجزاء على مخالفة القاعدة . فالقاعدة القانونية جزاء حال ومادى وتوقعه على السلطات العامة في الدولة أما القاعدة الدينية فهى تحوى نوعين من الجزاء الجزاء الدنيوى المقرر الذى لا يطبق إلا إذا اعترفت به السطة العامة فى الدولة باعتباره جزاء قانونى . وجزاء الآخرة يوقع من السلطة الالهيه العليا التي تفوق عقاب البشر عند الحساب .

٢ - القانون والأخلاق :

يقصد بقواعد الاخلاق تلك المبادئ السامية التى تسود

---

(١) نظر د/ أبو زيد عبدالباقى المرجع السابق ص ٢٧.

المجتمع فى عصر من العصور بحيث تكون هذه المبادئ استقرت استقرار يلزم الناس على اتباعها . وهذه المبادئ هى تخول الصدق والبعد عن الرذيلة والوفاء بالعهود ورد الأمانات إلى أهلها ويمكن التمييز بين القانون والأخلاق بالاعتماد على معيار محدد هو عنصر الجزاء فالجزاء فى القانون جزاء مادى محسوس . توقعه السلطة العامة فى الدولة بما لديها من امكانيات للقسر والجبر . أما فى الأخلاق فهو مجرد نصائح تبديها الجماعة وأصبحت تشكل فى ضميرها العام مبادئ عليا . يتعين على أفرادها التحلى بها ومن ثم فالجزاء فيها معنوى يتمثل فى الازدراء العام من الكافة لمنتهك القاعدة الاخلاقية . ويتبع اختلاف الجزاء فى كل من القانون والاخلاق نتيجة طبيعية وبالتالي منطقية وهى اختلاف الغاية . فإذا كانت الاخلاق غايتها السمو بالنفس فان الجزاء فيها يكون من نفس الطبيعة أى شعود الفرد بتأنيب ضميره . أما القانون فالغاية منه إقامة نظام للحياة فى المجتمع . وبالتالى فإن الجزاء يكون فى يد الحاكم الذى يملك الجبر والتسلط والإجبار . وبالإضافة إلى هذه الإختلافات الواضحة بين القانون والاخلاق . فإن القانون يحدد الحقوق والواجبات فكل حق يقابله واجب . لأن الحقوق والواجبات

تحقق النظام العام فى الدولة وإذا لم يقم الشخص بالواجب الملقى على عاتقه تجاه الاخرين داخل الدولة وخارجها فإنه يتعرض لمطالبة من هؤلاء الآخرين باقتضاء حقوقهم قبله . أما الاخلاق فإنها تبرز الواجب فقط . مثل مساعدة المحتاج . وذهب البعض الى أن الاخلاق لا تنشئ حقا للمحتاج فى مواجهة القادرين على المساعدة [١].

واذا كان هذا هو وجه الخلاف بين القاعدتين القانونية والاخلاقية فإن هذا لا ينفى وجود جعله بينهما . فمن ناحية : أن الكثير من القواعد القانونية تبدأ كقواعد اخلاقية ثم تتحول الى قواعد قانونية عندما يحدد لها المشرع جزاء مادى عند مخالفتها . وقد حاول الفقه الفرنسى تبرير كافة الالتزامات بالاستناد الى أساس خلقى لا يضاح التلازم بين القانون والأخلاق ومن جهة أخرى . فإن قواعد الأخلاق تجد لها مكانها فى نطاق القانون من خلال فكرة الأداب العامة والنظام العام .

ب - **قواعد القانون وقواعد المجاملات الاجتماعية :**

يقصد بقواعد المجاملات . والقواعد السلوكية التى درج الأفراد علي اتباعها كتقاليد ملزمة من المشاركة فى الأفراح والمآتم

---

(١) أنظر د/ سمير تناغو ، السابق .

والزيارة فى الأعياد والمناسبات وأعياد الميلاد . وهذه القواعد السلوكية تعتبر جزءاً من نظام الجماعة داخل الدولة وتختلف من زمان لآخر ومن مكان لآخر في داخل الدولة . فكل اقليم فى الدولة له من العادات والسلوكيات التي تختلف باختلاف نشأة هذا الاقليم . فالحضر له سلوكيات تختلف عن أهل الريف . وأهل الصعيد يختلفون في سلوكياتهم عن سواهم في باقى اقليم الدولة . ويختلف الجزاء فى القاعدة السلوكية الاجتماعية عن القاعدة القانونية . ففى الأخيرة كما سبق القول أنه جزاء مادى محسوس توقعه السلطات العامة المختصة فى الدولة . أما فى قواعد المجاملات فان الجزاء فيها غير محسوس فهو معنوى يتمثل فى الاستهجان من الكافة قبل من يخالفها . فمن لا يشارك الآخرين فى مناسباتهم من أفراح ومآتم ومن ثم فإن الكافة يستنكرون عليه سلوكه . وتتم مقاطعته ولكن يثور التساؤل كما هو المعيار المميز بين قواعد القانون والقواعد والعادات الاجتماعية ؟ يهذب الرأى الغالب فى الفقه [1] إلى أن المعيار المميز بينهما هو تفاوت المصالح التي تهدف كل قاعدة

---

(١) انظر د/ حسن كيره المدخل لدراسة القانون عام ١٧٤ ص ١٨ فقرة ٥ ، حسام الأهوانى السابق ص ٢٦ ، أبو زيد عبدالباقى السابق ص ٣١.

تحقيقها . فغاية القانون تحقيق الأمن والنظام فى المجتمع . وهنا لن يكون إلا بتوقيع جزاء مادى محسوس ملموس على مخالف القواعد القانونية . أما قواعد المجاملات والعادات الاجتماعية . فيكفى مجرد الإزدراء الذى يبدو من الكافة قبل المخالف لها .

٤ - القانون والعلوم الإجتماعية الأخرى :

لما كان القانون هو مجموعة القواعد العامة التى تنظم سلوك الأفراد فى المجتمع وتقترن هذه القاعدة بجزاء مادى محسوس توقعه السلطة العامة على من يخالفها . فالأمر الذى لا خلاف حوله أن هناك صلة بين علم القانون وغيره من العلوم الإجتماعية الأخرى مثل علم الاجتماع باعتبار الأخير يدرس الظواهر الاجتماعية التي تسود الدولة ، كما يتصل بعلم الاقتصاد وخاصة الاقتصاد السياسى حينما يتعرض لتنظيم المعاملات المالية كما يتصل علم القانون بالعلوم السياسية التي تحدد نظام الحكم فى الدولة وشكل الحكومات وعلاقة السلطات العامة بعضها البعض الاخر وعلاقة الأفراد بالسلطات العامة فى الدولة . فالعلوم الاجتماعية تدرس الإنسان . وتتناول نشاطه فى اقليم الدولة باعتباره عضوا فى المجتمع .

الفصل الثانى

القاعدة القانونية وخصائصها وأنواعها

تمهيد

إن القاعدة القانونية هى الركيزة التي يقوم عليها النظام فى الدولة . فهى الوحدة التى يتكون منها القانون . ونظراً لتلك الأهمية يتعين ابراز ما هيتها وخصائصها وأنواعها . كل فى مبحث مستقل على النحو التالى :

المبحث الأول

ماهية القاعدة القانونية

ماهية القاعدة ونطاقها:

لما كانت القاعدة القانونية هى قاعدة سلوك اجتماعى . والظاهرة التي تحكمها القاعدة القانونية هى إرادة الإنسان . والقاعدة القانونية تصدراً أمرا إلى هذه الارادة بحيث يتعين على الارادة المخاطبة بحكم القانون أن تطبق سلوكها على مقتضى الأمر الصادر اليها . ولذلك أطلق البعض على هذه القواعد القانونية (١)، أنها قواعد تقديمية . لأنها لا تكتفى بتقرير ما هو كائن . بل يهدف القانون ما ينبغى أن يكون .

ولكن نظرا لأن ارادة الإنسان التي تحكمها قواعد القانون ليست شيئا جامدا . وإنما هى إرادة حرة . فإنه من المتصور أن تخالف إرادة الإنسان الأمر الصادر اليها من القانون . ولولا تصور إمكان وقوع مثل هذه المخالفة لما كانت هناك حاجة إلى النص على جزاء يوقع عند خروج الارادة على حكم القانون . ومن ناحية أخرى فإن وقوع مخالفة لأمر القانون لا يتعارض مع قوة الأمر ملزما للإرادة

---

(١) انظر د/ سمير عبدالسيد ، المرجع السابق ، ص ٣٢.

. فالقانون كما ذهب البعض يلزم ولكنه لا يحتم [١]، وحاصل القول. أنه يتعين على الإنسان أن يراعى القواعد السلوكية التقديمية كما يراعي قواعد الطبيعة التقريرية . ففى طريق الأخيرة يستطيع الانسان أن يحقق التقدم الحضارى ويتفادى العديد من المخاطر والأضرار.

نطاق القاعدة القانونية :

يختلف نطاق القاعدة القانونية طبقا للغاية من القانون فحسب السائد إذا كان الفرد ه الغاية . والهدف المنشود . فيسود المذهب الفردى الذى يخلق المناخ المناسب لكى يستمتع كل فرد بحريته كاملة . وإذا كان الهدف هو حماية الجماعة . والتضحية بالفرد أى تغليب المصلحة الجماعية على المصلحة الفردية . فإن المذهب الاجتماعى هو الذى يسود من هذا التحليل يستخلص أن نطاق القاعدة القانونية يتحدد بأحد مذهبين . الأول : المذهب الفردى : والثانى المذهب الاجتماعى .

وسوف نعرض لهما تفصيلا على النحو التالى :

أولا : المذهب الفردي : المذهب الاجتماعى :

يقوم هذا المذهب على أن الفرد له حقوق طبيعة وسابقة على

(١) انظر د/ سمير عبدالسيد ، المرجع السابق ، ص ٣٣.

وجوده فى الجماعة ويتعين أن يستفيد بها من كافة الجوانب . ونظراً لأن هناك قاعدة أزلية وهى " تساوى الأفراد فى الحقوق والإلتزام بالواجبات " فقد يحدث تعارض بين الأفراد نتيجة الانتفاع بتلك الحقوق . ولهذا فإن القانون لم يفرض الا لتنظيم ممارسة تلك الحقوق والانتفاع بها . ومن ثم فرن القانون لا يمس حقوق الأفراد الا بالقدر اللازم والضرورى لتحقيق هذا الهدف . وكما يعبر البعض [١]. أن هذا المذهب يقوم على أن مصلحة الفرد هى الغاية والهدف من القانون . وما الجماعة إلا نسيج صناعى يمارس كل فرد نشاطه من خلاله . وإن كان تحقق مصلحة الجماعة يتأتى من خلال تحقق مصالح الأفراد . فمجموع مصالح الأفراد ليس إلا كل لصالح الجماعة . وكما عبر الفلاسفة عن هذا المذهب فان هناك عقد اجتماعى بين الفرد والدولة بمقتضى هذا العقد تكفل الدولة للأفراد ممارسة حقوقهم السابقة على إنضمامه للجماعة . وذلك فى مقابل أن يتنازل عن القدر الضرورى اللازم لإمكان ممارسة الآخرين لحقوقهم وأدى الأخذ بذلك المذهب ظهور الآثار التالية :

١ - إعلاء مبدأ سلطان الإرادة فى التعاقد [٢]. فأصبحت إرادة الفرد هى وحدها القادرة على إنشاء الالتزامات وتعديلها وإنهائها .

(١) انظر د/ أبو زيد عبدالباقى السابق ص ١٨ ، د/ سمير تناغو السابق ص ١٦٥ ، ونادى بنظرية العقد الاجتماعى الفلاسفة : هوبز - لوك - جان جاك روسو .

(٢) انظر للمؤلف التوازن العقدى فى عقود الاذعان عام ١٩٩٩ ص ١١٢ .

وتقلص دور المشرع . فما توحيه الارادة الفردية يعلو على الارادة الشارعة . وأنه لا يجوز للمشرع التذرع بالتدخل فى هذه الالتزامات العقدية بحماية الطرف الضعيف . أو لرفع ما يلحقه من غبن فى التعاقد .

٢ - إطلاق الحرية الاقتصادية مما أدى الى ظهور اتحادات للمنتجين وظهور طفرة فى الشركات العملاقة الكبرى . إذ أصبح الاقتصاد حراً ومصالح الفرد تعلو على مصالح الجماعة.

٣ - تقلص دور القانون فى الدولة واقتصار مهمته على حفظ النظام والأمن الاجتماعى فقط . لأن المشرع لا يستطيع التدخل فى مجال الارادات الفردية التي هى العدل لكل شئ .

٤ - ظهور الحركات المقاومة لطغيان الحكام . فنتيجة لاختلاف الحرية فى مجال الممارسات السياسية . ثار الفرد على الحاكم . نتيجة محاولة الضغط على ارادته .

نقد هذا المذهب الفردى :

١ - يؤدى الأخذ بذلك المبدأ إلى الشعور بالدوينة الفردية والأنانية الفردية وإهمال مصالح الجماعة . فالفرد وكما عبر البعض هو نسيج صناعى وجد لتحقيق مصالح الفرد بصورة مطلقة [(١)].

---

(١) انظر د/ أبو زيد عبدالباقى ، السابق ، ص ٢١.

٢ - لا يمكن القول بوجود حقوق قبل نشأة الجماعة . لأن الحق يقابله واجب وهذا الأخير يفترض وجود من يلتزم به · وعلى ذلك لا يوجد الحق إلا بافتراض وجود الجماعة . بحيث يكون لكل فرد وجوده [١].

٣ - تحكم فئة قليلة فى الجماعة فى مصالح الأفراد نتيجة تركيز النشاط الاقتصادى فى أيديهم وفرض شروط تعسفية على المستهلكين نتيجة مبدأ سلطان الارادة .

ثانيا: *المذهب الاجتماعى* :

انتشر هذا المذهب فى البلدان الاشتراكية ويرتكز هذا المذهب على أساس أن الملكية العامة للدولة . وتقدير مصالح الجماعة يعلو على مصلحة الفرد فالهدف هو تحقيق المصلحة العامة · ومن خلالها يتحقق مصالح الأفراد . فحقوق الفرد نابعة من مصالح الجماعة . وما هى إلا نتيجة من الجماعة . فالفرد فى نظر هذا المذهب ليس إلا جزء من كيان الجماعة . وقد أدى الأخذ بهذا المبدأ الى توسيع نطاق القاعدة القانونية . فلم يعد دور القانون سوى مجرد حفظ الأمن والنظام فى الجماعة وإنما اتخذ مظاهر ايجابية عدة . ويرفض أنصار هذا المذهب الملكية الفردية . فهو لا يؤمن الا بملكية الجماعة . لأن

---

(١) انظر د/ محمود جمال الدين زكى السابق ص ١٨ فقرة ٦.

(٢) نادي بهذا المذهب أرسطو

الملكية الفردية لها وظيفة اجتماعية [١]، وليست حقا مطلقا للأفراد.

وترتب على الأخذ بذلك المذهب الاجتماعى العديد من الآثار نذكرها كما يلى :

١ - نتيجة الأخذ بالوظيفة الاجتماعية للملكية قامت الدولة بتحميل الأفراد والقادرين العديد من الأعباء لصالح غير القادرين بفرض رسوم وضرائب على نشاطهم . ومن هنا بدأت فكرة العدل التوزيعى [٢]، والتبادلى فظهر بشكل ملموس مظاهر . وبالتالى زادت سلطات الدولة وتدخلها فى الجماعة .

٢ - تقلص دور مبدأ سلطان الارادة فى التعاقد . فقد تدخلت الدولة فى وضع حد للأسعار . وتنظيم ساعات العمل للعمال . وتنظيم حقوق العمال من حيث العجز والبطالة والفصل التعسفى ووضع حد أدنى للأجور يتلائم مع الحد الأدني للمعيشة للفرد الضعيف اقتصاديا والتدخل فى مجال الايجارات بفرض قواعد تحديد

---

(١) انظر للمؤلف التعليق على حكم الدستورية العليا فى الدعوى ٤٤ لسنة ٢٠٠٠ على الحكم بعدم دستورية نص المادة ١/١٩ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فى شأن ايجار الأماكن عام ٢٠٠٠ ص ٤٩-٥٠ منشور فى دار النهضة العربية .

(٢) انظر د سمير تناغو السابق ص ١٤٩ " وأطلق عليه مبدأ سمو القانون أى نزاع السلطوى من الأشخاص لصالح السلطة العامة فى الدولة .

الايجارات والامتداد القانونى لعقود الايجار حماية للطرف الضعيف وهو المستأجر ومن هنا ذهب البعض الى أن هذا المذهب أدى إلى تحقيق العدل العام على العدل الخاص

نقد المذهب الاجتماعي :

لقد ذهب استاذنا المرحوم الدكتور /سليمان مرقص الى أن المذهب الاجتماعى قد يؤدى الى طغيان السلطة العامة على الأفراد . وينعدم كل نشاط للفرد ى داخل الجماعة . فلا يوجد حافز فردى لدى هؤلاء ويشجعهم على ممارسة الحقوق فى الجماعة . فطالما اتسع سلطان الدولة . فلا مجال لنشاط الأفراد ولكننا نري أن الأخذ بهذا المذهب يؤدى الى انتشار العدل الاجتماعى في الدولة . فالفرد المالك لم تكن هذه الملكية ثمرة عمله الخالص فقط وإنما ساهمت السلطة العامة معه فى حمايته وزيادته وإضافته. فيتعين على الفرد من خلال هذه الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية أن يساهم هو الآخر فى بنيان المجتمع بأسره . فإذا تحقق الصالح العام فبالتبعية يتحقق الصالح الخاص وهذا ما أكدت عليه أحكام المحكمة الدستورية العليا فى أواخر القرن العشرين عندما تصدت للعديد من السلطات الاستثنائية التى يمارسها المشرع العام لصالح الجماعة . بالحفاظ على الملكية الخاصة وإنما لصالح الجماعة [1]. ونلاحظ أن النظام

(١) انظر الدعوى رقم ٤ لسنة ١٥ق عدم دستورية امتداد عقد الايجار للشريك فى المجل التجاري والدعوى ٣ لسنة ١٨ ق عدم دستورية امتداد عقد ايجار المسكن لأقارب المصاهرة.

الاشتراكى . وظهر أثره فى ازدياد نشاط الدولة فى التدخل لصالح الأفراد باستصدار المرسوم بقانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ في شأن الاصلاح الزراعى الذى أعاد توزيع الملكية على الأفراد داخل الدولة. ووضع حد أقصى لملكية الفرد والأسرة والمرسوم بقانون ٨٥ لسنة ١٩٦٣ ، ٩٥ لسنة ١٩٦٣ فى شأن التشريعات التموينية وتحديد الأسعار وقوانين ايجار الأماكن ابتداء من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ الذى عدل بالقانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ المعدل بالقانون ١٣٦ لسنة١٩٨١ المعدل بالقانون ٦ لسنة ١٩٩٧ المعدل بالقانون ١٤ لسنة ٢٠٠١ . كل هذه التشريعات الاستثنائية أفصحت عن ازدياد القاعدة القانونية . وأصبح دور المشرع العام يعلو على الارادة الفردية المتمثلة فى مبدأ سلطان الارادة .

المبحث الثانى

خصائص القاعدة القانونية

لما كان تعريف القانون ينحصر فى أنه " مجموعة من القواعد التى تنظم سلوك الأفراد فى المجتمع والتي تقترن بجزاء يوقع على من يخالف أحكام هذه القواعد بواسطة السلطة العامة فى الدولة . فمن هذا التعريف نستطيع أن نستخلص الخصائص العامة التي تتمتع بها القاعدة القانونية وهى : أن القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعى - قاعدة عامة ومجردة - قاعدة ملزمة ومقترن بجزاء يوقع بواسطة السلطة العامة .

وسوف نتولى تباعا تحديد وشرح هذه الخصائص كل فى مطلب خاص كما يلى :

المطلب الأول

القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعي

لما كان القانون ظاهرة اجتماعية [١]. لا يتصور إلا في مجتمع . فهو الذى ينظم العلاقات بين الأفراد في داخل المجتمع . فحيث لا يوجد المجتمع لا يوجد قانون . فالإنسان جبل على الفطرة التي فطر عليها ويرغب فى العيش فى جماعة فى كل الظروف . والقانون هو الذى ينظم ويحكم السلوك الظاهر دون خلجات النفس . فلا يعاقب القانون على مجرد النوايا . وتعتبر من ثم كما يذهب البعض قاعدة تقديمه . فهى تقدم سلوك الأفراد بما يتلائم مع ما ينبغى أن يكون وليس مجرد الإقرار به فالقاعدة القانونية تملك الأمر أو النهى وليس مجرد النص والارشاد وتتميز القاعدة القانونية بإنها تقوم أساسا على الاهتمام بالسلوك الخارجى للإنسان ولا تتدخل فى النوايا والبواعث . فالرغبة والأمانى والبواعث هى من دخائل النفس . ومن ثم فلا يتدخل فيها القانون طالما أنها لم تلعب دورا فى السلوك الخارجى للإنسان . والقاعدة تستهدف توجيه سلوك الأفراد نحو أنماط محددة . فإذا تحقق التطابق بين السلوك ومضمون القاعدة القانونية تحقق غاية

---

(١) انظر د/ حمدى عبدالرحمن أحمد ، السابق ، ص ١٠٦.

(٢) انظر د/ حسام الأهوانى ، السابق ، ص ١٢ ، ١٣.

القانون بطريقة مثالية . وكذلك كما يذهب استاذنا الفاضل الدكتور / حمدي عبدالرحمن أحمد بأن القول " لقد أصبح من المسلم به اعطاء أهمية بالغة للربط بين القانون والظواهر الإنسانية والاجتماعية المختلفة [١]. وأن كنا نرى أن القانون الجنائى يعد حسابا بالنوايا للقائل وذلك كما جاء بنص المادة ١/٢٣٦ عقوبات " كل من أعطى مواد ضاره أو جرح أو قتل أحدا ولو لم يقصد من ذلك قتلا ولكن أفضى الى موته يعاقب بالأشغال الشاقة أو السجن . . الخ النص فهنا المشرع الجنائى اعتد بالقصد الاحتمالى دون القصد العمد . فإذا لم تتجه إرادة القاتل الى إزهاق الروح ولكن تعدى قصده الى النتيجة دون أن يريدها فحق عليه العقاب اعتدادا بالنية والباعث . وفى مجال القانون المدنى اعتد المشرع بالنوايا والبواعث فى أحوال كثيرة منها ابطال العقد لوقوع أحد المتعاقدين فى غلط .

وفى مجال الصورية غلب العقد الظاهر على العقد المستتر - والأخذ بنظرية الحماية الظاهرة فى حالة الوارث الظاهر كل ذلك حماية لحسن النية واستقرار المعاملات كل ذلك يوضح أن المشرع اعتد بالنية والباعث وخلجات النفوس . ومما هو جدير بالذكر أن القواعد القانونية لا تضم كافة قواعد السلوك الاجتماعى ، فالمجتمع لايقتصر فى ضبطه وتنظيمه لسلوك أفراده على القواعد القانونية بل

---

(١) انظر د/ حمدى عبدالرحمن أحمد السابق ، ص ١٠٨.

يعتمد على جانب ذلك على قواعد أخرى متعددة مثل قواعد الأخلاق والمجاملات الاجتماعية والدين . وإذا كان القانون يحكم السلوك فى المجتمع فان هذا يقتضى ملائمة قواعده لهذا المجتمع . ولذلك فان القانون يختلف من زمان الى آخر ومن مكان الى آخر . فالوضع الحالى للتشريع فى مصر قد تطور عن ذى قبل . فلا شك أن لكل زمان متغيرات يشهدها واقرار وسلوك يختلف عن سلفه السابقة .

المطلب الثانى

القاعدة القانونية عامة ومجردة

ماذا يقصد بالعمومية والتجريد فى القاعدة القانونية ؟ ولكن قبل الاجابة على هذا التساؤل يبدو هناك تساأل أكثر دقة ألا وهو متى تكون للقاعدة القانونية الصفة العمومية ؟ ومتى يكون لها صفة التجريد ؟

صفة التجريد وكما يذهب البعض تلازم القاعدة عند نشوئها فهى تنشأ بصورة مجردة فلا تتعلق بشخص معين أو واقعة معينة بذاتها . والعمومية تكون عند تطبيقها . فالقاعدة القانونية تضع شروطا معينة متى توافرت فى الأشخاص أو فى الوقائع انطبق أحكامها .

ويقصد بصفة العمومية أن الخطاب فى القاعدة القانونية ينصرف الى جميع الأشخاص كافة دون فرد معين . أو مجموعة من الأفراد . وبمعنى آخر يقصد بالعمومية كما يذهب البعض [١] أن تطبق القاعدة القانونية على كل شخص يوجد فى ذات الظروف التي تحكمها القاعدة القانونية وتتوافر فى شخصه شروط تطبيقها فالمشرع المصرى عندما وضع نص المادة ٤٤ مدنى والخاصة بتحديد

(١) انظر د/ حمدى عبدالرحمن أحمد السابق ص ١٠٩.

سن الرشد بإحدى وعشرين عاما . فقد أقام المشرع الوضع الغالب في الأفراد الذين يتوافر فيهم النضوج العقلى عندما يبلغون هذه السن . وقد أخذ المشرع بالوضع الغالب لأن التساوى أو التماثل فى الظروف مسألة نادرة الحدوث وذهب البعض(١) إلى أن المشرع لو أراد تحديد سن البلوغ على أساس العدالة وليس العدل لجعل مناط تحديد هذه السن بتوافر النضج العقلي لكل شخص على حده . ومن ثم فان هذا المعيار الأخير معيار منضبط الى حد ما . ولا تتحقق صفة العمومية إلا إذا تمت صياغة خطاب الشارع وفق شروط موضوعية محددة بطريقة مجردة سابقة . وتؤدى صفة العمومية الى تحقيق مبدأ المساواة بين المخاطبين بأحكام القاعدة . فكل من بلغ سن الثامنة عشر من عمره عليه أداء واجب الخدمة العسكرية . فمن أهم من مظاهر المساواة كما جاء بالدستور فى المادة ٤٣ " الناس متساوون أمام القانون فى الحقوق والواجبات " .

ولا يقصد بالعمومية انطباقها على جماعة الأفراد المتواجدين على اقليم الدولة . فقد تطبق القاعدة على شخص واحد فقط فى فترة زمنية معينة . مثل القاعدة الدستورية التي تخص اختيار رئيس الدولة فقط أو تعيين رئيس المحكمة الدستورية العليا فعدد

---

(١) انظر د/ عبدالباقى أبو زيد السابق ص ١٠.

الأشخاص لا صلة له بالعمومية . وبناء علي ذلك فالقاعدة القانونية بعموميتها لا ينتهى بانطباقها على خاصة فردية أو أكثر بل تواصل مسيرتها لتطبق على كل حالة توافرت فيها شروطها [١].

فالعبرة كما يذهب البعض[٢] بطريقة الخطاب . فلا يتعلق الخطاب بشخص بالذات أو واقعة معينة . وإنما يحدد الشخص بأوصافه والواقعة بشروط وأوصافها . ولا يقلل من صفة العمومية أنها تخاطب فئة معينة مثل الأطباء - المهندسين - المحامين . وأما عن صفة التجريد فيقصد بها أن القاعدة القانونية تنشئ منذ وجودها مركزا أو وضعا لا ينظر فيه الى شخص معين أو واقعة معينة . ويذهب البعض [٣]إلى أن وصف العمومية والتجريد مترادفين يغنى أحدهما عن الآخر ، ولكننا نرى غير ذلك ونذهب مع جمهور الفقهاء من أن وصف العمومية والتجريد وصفان متلازمان لا يغنى أحدهما عن الآخر [٤].

---

(١) انظر د/ حمدى عبدالرحمن أحمد السابق ص ١١١.

(٢) انظر د/ أبو زيد عبدالباقى السابق ص ٩ ، حسام الأهوانى ص ١٤ ، ١٥.

(٣) انظر د/ منصور مصطفى منصور المدخل للعلوم القانونية ١٩٦٩ ص ١٨ فقرة ٩.

(٤) انظر د/ محمود جمال الدين زكى فقرة ٣ - نعمان جمعه - دروس فى المدخل ١٩٧٤ ص ٤٨ - عبدالودود يحيى ص ١٨ - أبو زيد عبدالباقى - ص ٩.

المطلب الثالث

القاعدة القانونية ملزمة

" عنصر الجزاء فى القاعدة القانونية "

يعتبر عنصر الجزاء أهم خصائص القاعدة القانونية . لأنه بدون جزاء فإن هذه القاعدة يكون لها دور فاعل فى الدولة . فشرط وجود الدولة وجود القوة والقهر متمثلا فى السلطة العليا التى تباشرها الدولة قبل الأفراد [١]. ولكن يثور التساؤل هل الجزاء فى القاعدة القانونية يمثل العقوبة ؟ الواقع أن الجزاء قد يجمع بين صورة الإصلاح والعقوبة معا . ولكن يذهب البعض إلى أن العقوبة جزاء يزيد فى شدته عن الضرر الذى وقع . فجزاء العقوبة يترتب على مخالفة قواعد القانون العقابى . وهى نوع من الدفاع الإجتماعى يباشره المجتمع ضد من ارتكب جريمة أو من يفكر فى ارتكاب هذه الجريمة . ويملك الجزاء السلطة العامة فى الدولة [٢]. وهو يهدف الى إصلاح الضرر الذى يترتب على مخالفة القاعدة القانونية . فحتى يستقيم النظام فى المجتمع يتعين احترام الأفراد للقاعدة القانونية .

---

(١) أنظر د/ سمير عبد السيد السابق ص ٧٣ - ٧٤.

(٢) انظر د/ حسام الأهوانى السابق ص ١٧ ، هناك حالات يقوم فيها الشخص بنفسه باستخدام الجزاء المادى والاقتصادى لحماية حقوقه مثل حالة الدفاع الشرعى فى القانون الجنائى والحق فى الحبس والدفع بعدم التنفيذ فى القانون المدنى .

فالجزاء يطبق على المخالف جبراً عنه بواسطة السلطة العامة ولايتصور عنصر الجزاء والإلتزام إلا إذا لم تتسم به القاعدة القانونية وإلا انقلبت إلى قاعدة اخلاقية . تستتبع جزاء معنوى وهو استهجان من يخالفها . ومن ثم فهناك العديد من المحاور القانونية التي يتعين البحث فيها لايضاح فعالية هذا العنصر (الجزاء فى القاعدة القانونية) وهذه المحاور تنحصر فى شروط الجزاء وأنواعه ومدى جوهريته كعنصر فى القاعدة القانونية . ونستبيح المنطق عذراً فى التعرض لهذا المحور الأخير أولا ، ثم يتبع ذلك بحث شروط وأنواع الجزاء كما يلى :

مدى مخالفة جوهرية الجزاء كعنصر فى القاعدة القانونية :

اختلف الفقه حول مدى اعتبار الجزاء عنصراً لازما لوجود القاعدة القانونية أو غير لازم فذهب البعض إلى أن وجود الجزاء لا يلزم لوجود القاعدة القانونية . ويكفى ألا تتنافى طبيعة القاعدة مع وجود الجزاء ، فالجزاء لا يدخل فى تكوين القاعدة القانونية . وإنما هو عنصر خارجى يدخل فى نفاذ القاعدة . ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى حجتين هما :

الأولى : القول بجوهرية الجزاء كعنصر فى القاعدة القانونية يؤدى إلى دكتاتورية الدولة . فالدولة هى التي تملك الجزاء للإجبار

على طاعة القانون . فيخضع القانون لسلطة وارادة الدولة ولكن يمكن الرد على ذلك بسهولة ويسر . أن الدولة فى ذاتها تخضع للقانون كما يخضع الأفراد . فكيف يتحقق إذن دكتاتورية الدولة .
والحجة الثانية هى : أنه توجد قوانين مثل القانون الدستوري والقانون الدولى ليس بها جزاءات وهى قوانين معترف بها . ونرى من البعض [١]، أنه لا يجوز المبالغة فى هذا التصور إذ أن الغالب الأعم أن يكون احترام الأفراد للقانون نتيجة خشية وخوف منه وليس مجافاته .

شروط عنصر الجزاء :

ذهب البعض[٢] إلى أنه يشترط ثلاثة شروط لوجود الجزاء وهى :

١ - أن يكون ماديا :

يتعين أن يكون الجزاء مادى أى يكون له أثر ملموس ومباشر محسوس . فإذا ارتكب الفرد فعل ضار بالغير . فإن المخالف يلزم بإعادة الشئ لأصله . إما بإصلاح الشئ أو دفع قيمة التعويض الجابر للضرر الذى حاق بالغير . وقد أشار المشرع المصرى الى ذلك فى

---

(١) انظر د/ عبدالحى حجازى المدخل لدراسة العلوم القانونية ١٩٦٦ ص ٧٣ هامش ٣.
(٢) انظر د/ أبو زيد عبدالباقى السابق ص ١٤ - ١٥.

عجز المادة ١٦٣ مدنى " كل من تسبب بخطأه فى الحاق ضرر بالغير فيلزم تعويض هذا الغير " . والجزاء المادى المحسوس يجعل القاعدة قانونية وليست اخلاقية فالجزاء فى الأخيرة يتمثل فى ازدراء السخالف فقط.

٢ - أن يكون حالا :

يقصد بكونه حالا . أى غير مؤجل ومباشر . فالغرض من الجزاء هو كما ذهب أستاذنا الفاضل الدكتور / حمدى عبدالرحمن أحمد هو إحباط الأثر الذى قصده الأفراد خلافا لما توجه القاعدة القانونية . ففى مجال الالتزامات والعقود [١]. فعندما يحدد المشرع شروطا معينة في العقد تحقيقا لصالح أفراد الجماعة ولكى يأتى تصرفهم مطابقا لهذا النموذج القانوني . فإن العقد يكون صحيحا منتجا لآثاره وفاقدا فى خضوع طرفيه . ولكن اذا خالف أحد المتعاقدين عن تنظيم التزاماته قبل الآخر فهناك جزاءات مثل الفسخ فى العقود الملزمة للجانبين والدفع بعدم التنفيذ . والحق فى الحبس فى الالتزامات التبادلية .

٣ - أن يكون الجزاء منظم :

أى أن السلطة العامة فى الدولة هى التي توقع الجزاء عن

(١) انظر د/ حمدى عبدالرحمن السابق ص ١٢٢.

طريق السلطات المختصة والسلطة التنفيذية ممثلة فى هيئة الشرطة هى التى تتولى فى داخل الدولة السهر على حماية القانون . وتتولى السلطة القضائية المحاكمة العادلة وانزال العقاب الذى نص عليه المشرع . أو توقيع الجزاء المدنى مثل التعويض أو رد الشئ الى أصله أو الإزالة . والدولة تكفل تطبيق القانون وتوقع الجزاء على المخالف أيا كان مصدر القاعدة القانونية حتى ولو كان مصدرها العرف أو الدين الاسلامى . وليس التشريع الوضعى بالمعنى المألوف ومن شروط وجود الدولة أن توجد بها سلطة عامة فعالة ومسيطرة . ومن شروط وجود القانون أن يكون تعبيرا عن ارادة هذه السلطة وأن يكون نافذا بفضل وسائل القهر التى تملكها . والتنفيذ القهرى كما يذهب البعض [١]، هو شرط لصحة قواعد القانون وشرط كذلك لوجود الدولة . ولذلك فإن فعالية هذه القواعد القانونية عن طريق القهر الذى تمارسه الدولة. هو الذى يبرر اطلاق السلطة العامة على الدولة . فهى الوحيدة التي تملك وسائل الإجبار والقهر . وهى تقوم بذلك لتأكد سلطتها وليس لحماية الأفراد .

انواع الجزاء:

ذهب البعض إلى أن الجزاء [٢] ينقسم إلى نوعين .

(١) أنظر د/ سمير عبدالسيد السابق ص ٥٣.

(٢) أنظر د/ سمير عبدالسيد السابق ويرى أساسا للتقييم درجة تناسب الضرر والإخلال الناشئ عن مخالفة القواعد القانونية .

الأول : يسمى بالجزاء الإصلاحى . والثانى : هو العقوبة . ويرى صاحب هذا الاتجاه " أن هذا الجزاء يهدف الى إصلاح الضرر المترتب على الإخلال بالقاعدة القانونية . وهو يمكن أن يتحقق بطريق التنفيذ المباشر أى بطريق الاسترداد . لأنها تؤدى إلى رد الشئ لأصله . والى محو أثر المخالفة بحيث تعتبر المخالفة كأنها لم تحدث من قبل . ومثال ذلك طريق التنفيذ الجبرى على أموال المدين الذى يمتنع عن دفع دينه . فيباع أمواله بالمزاد العلنى ويتم سداد الديون من هذه الأموال . ويمكن أن يكون التنفيذ بطريق التعويض . وهذا الطريق الثانى لا يتم اللجوء اليه إلا فى الأحوال التى لا يمكن فيها محو أثر المخالفة . فيكتفى المشرع بإلزام من وقعت منه المخالفة الى تعويض المضرور . ومثال ذلك في المسئولية التقصيرية الواردة فى المادة ١٦٣ مدنى مصرى " كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم مرتكبه بتعويض الضرر " .

أما جزاء العقوبة . فهو لا يؤدى إلى إصلاح الضرر كما هو الحال فى الجزاء الإصلاحى وإنما يؤدى إلى ردع أى شخص يفكر فى إرتكاب المخالفة للنص التشريعى الآمر . وهو المتمثل فى قواعد القانون الجنائى بصفة عامة . فهى قواعد لا تهدف إلى حماية مصالح وحقوق الأفراد الخاصة . ولكنها تؤدى إلي حفظ النظام والأمن فى المجتمع .

ويبرر أستاذنا الفاضل الدكتور/ سمير تناغو ذلك أن ذلك الهدف هو الذى يبرر عدم التناسب بين العقوبة كجزاء وبين الضرر الذى استوجب هذا الجزاء ، والجزاء يمكن أن يجمع بين هاتين الصورتين سالفتى الذكر أى بين الاصلاح والعقوبة معا . ويضرب مثالا كذلك " أن السارق مثلا يحكم عليه برد الشئ المسروق وهذا هو الإصلاح ويحكم عليه فى ذات الوقت بالحبس أو غيره وهذا هو جزاء العقوبة . ولكننا لا نرى ذلك " ذلك أن جزاء الرد للشئ لا يكون إلا فى حالة الإختلاس أو التربح للمال العام فقط[١].

بينما يذهب غالبية الفقه [٢]، إلى تقسيم الجزاء الى : جزاء مدنى - جزاء جنائى - جزاء تأديبى . ونؤيد هذا الاتجاه الغالب فى الفقه . وسوف نتولى تباعا الحديث عن كل نوع على حدة كما يلى :

أ - الجزاء المدنى :

من خلال إستقراء دراسة قواعد القانون المدنى بصفة عامة . نجد أن المشرع المصرى أقام نوعى المسئولية المدنية العقدية والتقصيرية ونحيل فى شأنها لدراسة مصادر وأحكام الالتزام . لأن هذا المحتوى المبسط لا يتسع لشرح أحكامها . ولكن يمكن حصر صور الجزاء المدنى فى الصور الثلاثة التالية :

---

(١) أنظر المواد من ١١٢-١١٥ عقوبات " ... وفى جميع الأحوال يحكم على الجانى برد العقار المغتصب ... أو برده مع الإزالة ... مادية لما عاد عليه من منفعة .

(٢) أنظر د/ عبدالودود يحى ص ١١٨ ، حسن كيرة ص ٢٧٧ ، نعمان جمعه ص ١٠٥ ، مصطفى وعبدالحميد الجمال ص ٢١٨.

١ - الصورة الأولى : التنفيذ العينى

أباح المشرع للدائن عندما يحل أجل استحقاق الالتزام أن يطالب مدينه بالتنفيذ العينى . للإلتزام . ويقصد به اجبار المدين على التنفيذ على عين ما التزم به . فإذا أقام الجار بناء فى أرض الغير دون علمه . فلصاحب العقار طلب ازالة هذه المبانى . أو باع شخص عقارا ما فإنه يحق للمشترى اجبار البائع على نقل الملكية . وقد أشار المشرع فى المادة ١/٢٠٣ مدنى " يجبر المدين على تنفيذ التزامه عينا بعد إعذاره طبقا للمادتين ٢١٩ ، ٢٢٠ مدني متى كان ذلك ممكنا " وأكد المشرع على التنفيذ العينى وعدم ضرورة الإعذار فى الأحوال التالية .

١ - إذا كان تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد إلا بفعل المدين .

٢ - إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب على عمل غير مشروع .

٣ - إذا كان محل الالتزام رد شئ يعلم المدين أنه مسروق أو شئ تسلمه دون وجه حق وهو عالم بذلك .

٤ - إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بتنفيذ الالتزام.

والتنفيذ العينى هو الأصل . ولا يجوز للدائن ترك التنفيذ

العينى بإرادته واللجوء إلى التنفيذ العينى بإرادته واللجوء إلى التنفيذ بمقابل إذا عرض المدين التنفيذ العينى . فالعرض من المدين يبرأ ذمة المدين من الدين . ولا يجوز العدول عن التنفيذ العينى . إلا ذا كان فيه إرهاق للمدين وبشرط ألا يلحق الدائن ضرر من ذلك . وهذا هو ما أورده المشرع فى المادة ٢/٢٠٣ مدنى .

الصورة الثانية : التنفيذ بمقابل " بطريق التعويض "

تناول المشرع هذه الصورة للجزاء المدنى في غضون المواد من ٢١٥:٢٣٣ فى الفصل الثانى من الباب الثانى من أحكام القانون المدنى . فيحل التعويض محل التنفيذ العينى . وهو يكون فى الأحوال التي يستحيل فيها اعادة الشئ إلى أصله أو إصلاح الضرر الذى حدث نتيجة الفعل غير المشروع . ويحل محل التنفيذ العينى إذا كان ذلك الأخير غير ممكن أو غير مجد . فلو صدم شخص ما بسيارته أحد المارة فى الشارع العام وكان ذلك ناشئا عن اهماله ورعونته وعدم احترازه وعدم مراعاته للقوانين واللوائح والأنظمة . ونشأ عن هذه الإصابة فقد أحد ذراعيه أو أحد عينيه أو أصيب بعاهة مستديمة . فهنا لا يتصور رد الشئ إلى أصله . أو إصلاح الضرر ولكن يحل التعويض الجابر للضرر محل التنفيذ العينى . والتنفيذ بطريق التعويض له طرق محددة إما أن يتم اتفاقا أو قضاءاً ووضع المشرع للقاضى سلطة واسعة في تقدير التعويض فى المادتين ١٧١

، ١٧٢ مدنى . ولا يتسع المقام للحديث عن هذه الصور فى هذه المساحة الضيقة للمدخل لدراسة القانون (١).

الصورة الثالثة : محو آثار مخالفة القاعدة القانونية(٢) .

يمكن حصر هذه الصورة فى محاور ثلاثة على النحو التالى :

أ - البطلان :

لقد تناول المشرع المصرى هذا الجزاء لمخالفة قواعد العقد المتعلقة بصحة العقد . وذلك مثل القابلية للإبطال أو البطلان النسبى . ومحل العقد وسببه وهو البطلان المطلق أى لمخالفة شروط الإنعقاد . فإذا أبرم شخص عقد وهو مشوب الارادة بأحد العيوب التى تناولها المشرع مثل الغلط أو التدليس أو الإكراه - أو الاستغلال فإن العقد يكون باطلا بطلانا نسبيا أو قابلا للإبطال . واذا كان محل العقد غير قابل للتعامل عليه أو كان سببه غير مشروع فإن العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا .

ب - الفسخ : - تناول المشرع أحكامه فى المادة ١٥٧ مدنى وما بعدها . وتناول أنواعه من فسخ إتفاقى بإرادة طرفى العقد .

---

(١) انظر د/ حمدى عبدالرحمن - مصادر الالتزام عام ١٩٩٩ ص ٢١٢ ، ٢١٦ ، وللمؤلف أحكام ومصادر الالتزام عام ١٩٩٢ ص ٤١٠ - ٤١٥.

(٢) أنظر د/ أبو زيد عبدالباقى السابق ص ١٦-١٧.

وهذا مثال للشرط الفاسخ الصريح أو الفسخ القضائى الذى يتولاه القاضى . وخول المشرع القاضى سلطة واسعة فى إعمال هذا النوع الأخير . ويكون الفسخ جزاء يتمسك به أحد المتعاقدين فى العقود الملزمة للجانبين نظير امتناع المتعاقد الآخر عن تنفيذ التزامه المقابل . واشترط المشرع للفسخ الاعذار أولا حتى يسجل الدائن على المدين تقصيره فى تنفيذ الإلتزام .ومثال ذلك . إذا باع عمرو لزيد شقة سكنية . وقام زيد بدفع نصف الثمن وأجل النصف الآخر إلى حين قيام عمر بتسليم هذه الشقة له . ثم قام الآخير بتسليم الشقة فعلا إلى زيد . إلا أن زيد امتنع عن سداد النصف الباقى من الثمن . فهنا التزامات متقابلة على عاتق البائع والمشترى . اذا امتنع أحدهما عن تنفيذها . فإن الطرف الآخر له استعمال الجزاء المتمثل فى الفسخ مع التعويض ان كان هناك مقتضى لذلك . وقد خول المشرع المدنى الدائن فى العقود الملزمة للجانبين والعلاقات التبادلية سلطة فى الحق فى الحبس والدفع بعدم التنفيذ (١) .

جـ ـ عدم نفاذ التصرف:

تناول المشرع المصرى هذه الجزاءات فى المادتين ٩١٦، ٩١٧ مدنى وهما خاصتين بتصرف المريض فى ماله تصرفا يزيد عن ثلث

(١) انظر للمؤلف أحكام الالتزام عام ٢٠٠١ ص ١١٨.

التركة وهو فى مرض . فقدأقام المشرع المصرى قرينة مؤداها أنه إذا تصرف المورث لأحد ورثته وهو فى مرض الموت تصرفا يزيد عن ثلث التركة فإن هذا التصرف لايكون منجزاً . وإنما يعتبر وصية منه لاتزيد عن ثلث التركة إلا إذا أجازها باقى الورثة . وهنا يحق للورثة الباقين رفع دعوى عدم نفاذ هذا التصرف فى مواجهة الوارث المتصرف إليه فهم من الغير . ويحق لهم إثبات صورية هذا التصرف واعتباره وصية مضافة إلي مابعد الموت لايزيد عن ثلث التركة فالصورية هنا تهدف إلى عدم نفاذ التصرف فيما يجاوز ثلث التركة . وهذا هو مقتضى عدم نفاذ التصرف كجزاء لمحو مخالفة كل أثر للقاعدة القانونية الواردة فى ٩١٦، ٩١٧ مدنى

ب ـ *الجزاء الجنائى*:

يوقع هذا الجزاء كقاعدة عامة على من يرتكب فعلا يعتبر جريمة حسبما حدد المشرع . فوضع المشرع مبدأ الشرعية الجنائية لا جريمة ولاعقوبة إلا بنص . ويطلق على هذا الجزاء لفظ العقوبة وهى إما أن تكون عقوبة ماسة بالبدن مثل الإعدام أو تقييد من حرية المجرم مثل الأشغال الشاقة بنوعيها المؤبدة والمؤقتة . والسجن والحبس . وإما أن تكون فى مال الشخص مثل الغرامة المالية . وقد تكفل المشرع الجنائى بوضح أحد أدنى وأقصى لهذه العقوبات على

مختلف أنواعها . وسميت هذه العقوبات بالعقوبات الأصلية . ويوجد عقوبات تبعية كجزاء أيضا مثل المصادرة والغلق ورد ماعاد من منفعة على المجرم . فكل هذه العقوبات زاجرة لمن يخالف القاعدة الجنائية . وذهب البعض (١) إلى أنه قد يرتكب المجرم فعلا واحداً ويترتب عليه جزاء جنائى ومدنى فى وقت واحد . فلو ارتكب شخص حادث سيارة أدى إلى قتل أو إصابة المضرور فإنه يعاقب بحسب الفعل الخاطىء كما يلتزم فى ذات الوقت بتعويض ورثة المتوفى أو المصاب المضرور . والمضرور فى هذه الحالة عندما يلجأ إلي السلطات العامة فى الدولة فى شكل المحكمة الجنائية تعاقب المتهم المسئول عن الضرر اذا ثبت الخطأ في جانبه . ويدعى المضرور مدنيا أثناء هذه المحاكمة الجنائية بالتعويض فى مواجهة الفاعل أو المسئول عن الضرر أيا كان (٢) .

جـ. الجزاء التأديبى :

يكون هذا الجزاء مفروضا من المشرع عندما يتم مخالفة قواعد القانون الإدارى . وهى التى تشكل مخالفة تأديبية أى ذنب إدارى كما عبر عنه أستاذنا الفاضل الدكتور / سليمان الطماوى وهذا الجزاء أورده المشرع على سبيل الحصر لا المثال فى فى القوانين الادارية المختلفة مثل قانون العاملين المدنين بالدولة قانون العاملين

بقطاع الأعمال ـ قانون الجامعات ـ قانون السلطة القضائية وهكذا .
ومن أمثلة هذا الجزاء . اللوم ـ التنبيه ـ الفصل من الخدمة الاحالة للمعاش ـ الخصم من الراتب للموظف العام . وقد راعى المشرع ملائمة الجزاء مع الذنب الاداري الذي يقع من الموظف العام عندما يقصر في أداء واجبات أعمال وظيفته وقد يجتمع من الجزاء كما يذهب البعض (١) مع الجزاء الجنائي والمدني في حالة ارتكاب الموظف العام جناية الاختلاس للمال العام فإنه يعاقب بعقوبة الجناية فضلا عن الزامه بالرد والتعويض للجهة المجني عليها . كما يحق لهذه الجهة الادارية التابع لها الموظف العام اجراء المحاكمة التأديبية .

المبحث الثالث

أنواع القواعد القانونية

تمهيد :

يهدف القانون إلي بغية محددة هي سيادة النظام والأمن والاستقرار في المجتمع . ولكي يتحقق ذلك . فإنه يتعين على أفراد المجتمع أن ينصاعوا لحكم القانون ويمتثلو لاوامره ونواهيه بحيث تطبق عليهم أحكام القانون جبراً عند اللزوم . والمشرع وهو يقصد

هذه الغايات سالفة الذكر . فإنه يلجأ إلى صياغة القواعد القانونية بطريقة غير محددة تحديدا دقيقاً أى يحددها تحديداً مرنا . وقد يحددها تحديداً دقيقاً ويضع الحلول الكاملة لها . وأطلق البعض علي هذه القواعد [١] الأولى « القاعدة القانونية المرنة » والثانية القاعدة الجامدة .وفى حدود غايات التشريع المتمثلة فى تحقيق الاستقرار والأمن والنظام يعمد المشرع إلى وضع قواعد قانونية آمرة لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة أحكامها . وقد يضع قواعد قانونية مكملة يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة أحكامها لكونها تتعلق بالمصالح الخاصة . ومن هذا العرض نستطيع أن نستخلص أن هناك تقسميين أساسيين لانواع القواعد القانونية . الأولي : ـ القاعدة القانونية المرنة والجامدة . والثانى : ـ القاعدة القانونية الآمرة أو الباته والمكملة أو المفسرة [١] .

ومن ثم تأتي دراستنا فى هذا المبحث موزعة على مطلبين . يتناول المطلب الأول : ـ القواعد القانونية المرنة والجامدة . بينما يتناول المطلب الثانى : القاعدة الآمرة والمفسرة . كل فى مطلب خاص كما يلى .

---

(١) أنظر د / حمدى عبدالرحمن أحمد ، السابق ، ص ١٢٣ .

(٢) أنظر د/ أحمد فتحى سرور الدعوى المدنية التبعية – شرح قانون الاجراءات الجنائية ، عام ١٩٨٠ طبعة نادى القضاة ص ١٠١١ " الدعوى المدنية التابعة للدعوي الجنائية ضيف يحل بساحة القضاء الجنائى .

المطلب الأول

القاعدة القانونية المرنة والجامدة

أساس التقسيم :-

يذهب أستاذنا الفاضل الدكتور سمير تناغو[١]« أن أساس تقسيم القاعدة إلي مرنة وجامدة يكمن فى صياغة المشرع لألفاظ القاعدة القانونية . فإذا جاءت الصياغة بعدم التحديد القانونى الدقيق وعدم وضوح الحل فى القاعدة فهى قاعدة مرنة . وإذا جاءت الصياغة محددة تحديداً كافيا واضحا فهى قاهرة جامدة . وسوف تعرض فيما يلى لهاتين القاعدتين » .

١- القاعدة المرنة :-

يقصد بتلك القاعدة أن الفرض أو الحل فيها غير محدد تحديداً دقيقاً . أى تكون عبارتها مرنه للتتسع لجميع الاحتمالات والوقائع . أى عباراتها مطاطة . وأكثر القواعد انطباقا علي هذه الصورة هى قواعد القانون الجنائى . فالمشرع الجنائى يحدد الجريمة والعقوبة المقررة . ويحدد كذلك الحد الأدني والأقصى للعقوبة . وليس القانون الجنائى هو القانون الوحيد الذى تكون قواعده مرنة .

---

(١) أنظر د/ سمير عبدالسيد تناغو ، السابق ، ص ٤٤-٤٦.

وإنما باستطلاع قواعد القانون المدنى نجد العديد من القواعد القانونية مثل : المادة ٨٠٥ مدنى « لا يجوز ان يحرم أحد من ملكه إلا في الأحوال التى يقررها القانون وبالطريقة التى يرسمها . ويكون ذلك فى مقابل تعويض عادل » . فهذا النص وضع معيار مرن بعدم نزع الملكية إلا في أحوال معينة لم يذكرها تحديداً وبالطريقة التى يرسمها المشرع ولم يحددها رغم أن طرق نزع الملكية للنفع العام هى نزع الملكية والاستيلاء وفى مقابل تعويض عادل وترك للقاضى السلطة التقديرية الكاملة في تحديد عدالة التعويض . وكما عبر عن ذلك أستاذنا الفاضل الدكتور عبد الرزاق السهنورى[1] أن المشرع بذلك النص عبر عن الثقة التى يمنحها للقاضى . وكذلك المادة ٢/١٤٧ مدنى « ... ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها و .... جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازانة بين المصلحة العامة أن يرد الالتزام إلي الحد المعقول ... الخ النص ، فالمشرع أطلق يد القاضى فى العقد فجاءت عبارة « حادث استثنائى عام » . « رد الالتزام إلي الحد المعقول » فكل هذه مصطلحات وضفاضه مطاطة . فالقاضى ليس أمامه معيار جامد محدد يلجأ اليه للتعرف على الحادث الاستثنائي العام . وعما إذا

---

(١) انظر د/السنهورى ، الوسيط ج١ ص ٦٤٦ طبعة نادى القضاة عام ١٩٨١.

كان الالتزام أصبح تنفيذه مرهقا للمدين . وكذلك الحال في المادة ٨٠٧ /٢ مدني مصري س ... وليس للجار أن يرجع علي جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها ...، الخ النص » فهنا ليس هناك معيار محدد تحديد دقيق للوقوف علي ما إذا كانت هذه المضار مألوفة أو غير مألوفة

٢ـ *القاعدة الجامدة* ـ

يقصد بالقاعدة الجامدة . أي يتولى المشرع تحديدها تحديداً نافيا واضحا محدداً . وهذا يأتي اما بطريق الحصر أو بطريق التحديد الرقمي . ومثال الأولى كما هو الحال في قانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون الاجراءات التاليه . نص المادة ٩ مرافعات . « يجب أن تشمل الأوراق التي يقدم بها المحضرون بإعلانها على البيانات التاليه :

١ـ تاريخ اليوم والشهر والسنة والساعة التى حصل فيها الاعلان .

٢ - اسم الطالب ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه واسم من يمثله ولقبه .

٣ـ اسم المحضر والمحكمة التى يعمل بها .

٤ـ اسم المعلن اليه ولقبه ومهنته أو وظيفتة وموطنه .

٥ـ اسم وصفة من سلمت اليه صورة الورقة وتوقيعه على الأصل .

٦ ـ توقيع المحضر على كل من الأصل والصورة .

وبإمعان النظر فى هذا النص نجد أن المشرع الاجرائى حدد بيانات معينة يجب على المحضر الذى يتولى إعلانها أن تشتمل عليها لكى تحقق الغاية من الإعلان وهو العلم بالخصومة وتحضير اوجه الدفاع عن الحقوق .

وكذلك المادة ٣٠ اجراءات جنائية « تكون الجريمة متلبسا بها حال إرتكابها أو عقب إرتكابها ببرهة يسيره . وتعتبر الجريمة متلبسابها اذا تتبع المجنى عليه مرتكبها أو تبعه العامة مع الصياح أثر وقوعها اذا وجد مرتكبها يعد وقوعها بوقت قريب حاملا آلات أو أسلحة أو أمتعه أو أوراقا أو أشياء أخرى يستدل منها على أنه فاعل أو شريك فيها أو اذا وجدت به هذا الوقت آثار أو علامات تفيد ذلك. »

وحيث أنه بإلقاء النظرة البسيطة على هذه الصياغة نجد أن المشرع حدد أحولاً معينة للتلبس . وهذا التحديد على سبيل الحصر

. فلا يجوز للقاضى عندما تعرض أمامه حالة التلبس التوسع فى تفسيرها وإضافة حالات أخرى لم ترد فى النص . وفى مجال القانون المدنى نجد نص المادة ٤٤ مدنى « كل شخص بلغ سن الرشد متمتعابقواه العقلية ولم يحجر عليه . يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية ثم جاء نص الفقرة الثانية « ... وسن الرشد هى إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة .

ثم جاء نص المادة ٢/٤٥ مدني « ... وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقد للتمييز.

وباستطلاع هذه النصوص أيضا نجد أن المشرع وضع وحدد رقما معينا لبلوغ سن الرشد وبلوغ سن التمييز . وذهب البعض (١) إلى القول « أن استخدام المشرع للغة الأرقام فى الصياغة القانونية يعد أبرز أنواع الصياغة الجامدة . وهى إحلال للحكم محل الكيف . فالمشرع عندما يتقيد برقم معين فهو يعبر عن حقيقة موضوعية يعتبر الوصول إلي هذا الرقم دليل علي توافر هذه الحقيقة الموضوعية » فبلوغ الشخص سن التمييز أو سن الرشد يعتبر فى الأولى قد بلغ سن الإدراك وفى الثانية وصل إلى سن النضج والكمال .

---

(١) أنظر د/ سمير عبدالسيد تناغو ، السابق ، ص ٤٤-٤٦.

ونجد أيضا فى مجال التشريع المالى نجد نص المادة ٨٨ من القانون ١٥٧ لسنة ١٩٨١ المصرى بالقانون ١٨٧ لسنة ١٩٩٣ حدد حالات الإعفاء الضريبى بشرائح معينة وأرقام محددة فجاء النص كما يلى « ... تكون حدود الإعفاء المقررة للأعباء العائلية على النحو التالى : .

١ ـ ١٤٤٠ جنيها للممول الأعزب .

٢ ـ ١٦٨٠ جنيها للممول المتزوج ولا يعول.

٣ـ ١٩٢٠ جنيها للممول المتزوج ويعول ولدا أو أكثر.

وكـذلك نص المـادة ٩٠ من ذات القـانون ١٨٧ لسنة ١٩٩٣ الذى حدد سعر الضريبة بشرائح معينة كما يلى : .

الشريحة الأولي حتى ٢٥٠٠جنيه ٢٠٪

الشريحة الثانية حتى ٢٥٠٠ ـ ٧٠٠٠ ٢٧٪

الشريحة الثالثة حتى ٧٠٠٠ ـ ١٦٠٠٠ ٣٥٪

الشريحة الرابعة حتى ١٦٠٠٠ ـ ٢٧٠٠٠ ٤٨٪

المطلب الثانى

قاعدة آمرة ومكملة[1]

أساس التقسيم : . « صفة الإلزام فى القاعدة »

عندما ينظم المشرع نشاطات المجتمع يحرص كما يترتب البعض [2] إلى التمييز بين نوعين من نشاط الأفراد . النشاط الأول : ـ يخضع لسلطات الدولة . ويجب على الأفراد أن ينصاعوا للأمر والنهى الصادر من سلطات الدولة والنشاط الثانى : ـ هو نشاط حر يترك المشرع للأفراد فيه قدر من الحرية فى تسيير نشاطهم طبقا لمبدأ سلطات الإرادة وقاعدة شريعة المتعاقدين . فالأفراد ينظمون علاقاتهم كما يريدون . والقواعد فى النشاط يطلق عليها القواعد الآمرة . أى القواعد التى لا يجوز للأفراد الأتفاق على مخالفة أحكامها . وإذا حدث اتفاق علي المخالفة فإنه يكون باطلا مهما كان الهدف حتى ولو كان الهدف نبيلا فمن يعتدى على مال الغير بالسرقة والنهب لكى يطعم فقراء قريته. أو يطعم يتامى لامال لهم . فإنه يكون مرتكبا لجريمة سرقة . ومن عهد إلى آخر بقتله لتخليصه من آلام المرض . فإنه مرتكب لجريمة القتل .فعلاقة الأفراد بهذه

---

(١) أنظر د/ أبو زيد عبدالباقى مصطفى ، السابق ص ٦٤ يطلق على القاعدة الآمرة " القاعدة الباتة " .

(٢) أنظر د/ حسام الأهوانى السابق ص ٩٠ - ٩١.

القاعدة . هى الخضوع الكامل لها . ويعزى البعض [1] صفة الإلزام والإجبار للقاعدة الآمرة إلى أنها تمثل إرادة المجتمع العليا فى تنظيم نشاط الأفراد على وجه معين . فالمشرع يضع قواعد متمثله فى الأوامر الواجبة الإتباع . وهى تتضمن قيداً على حرية الأفراد .ومن أمثلة القواعد الآمرة القواعد القانونية الواردة فى القانون الجنائى فهى متعلقة بمصالح عليا وهى تحقيق الأستقرار والأمن الاجتماعى لأفراد المجتمع . فلا يجوز للفرد أن يتفق مع غير على قتله . وفى مجال العلاقات المدنية . نجد أن المشرع حدد للزواج بالنسبة للذكر ثمانية عشر عاما والأنثى ستة عشر عاما . فلا يجوز الاتفاق على زواج الذكر لأقل من هذه السن وكذلك الأنثى ولأن المشرع قدر أن هذه السن هى سن النضوج الكامل والصلاحية لتحقيق أغراض الزواج.

كذلك نص المادة ٢٢٧ مدنى الذى حدد سعر أقصى للفائدة وهو ٧٪ ولا يجوز باية حال الزيادة عن ذلك الحد بالنسبة للأفراد . واذا زادت يتعين تخفيضها إلى هذا الحد المذكور .

أما النوع الثانى من القواعد وهو القاعدة المكملة فكما يتضح

---

(١) أنظر د/ سمير تناغو السابق يرى " عدم اطلاق اسم القواعد المفسرة عليها لأن ذلك من شأنه أن ينفى عنها صفة الإلزام .

من تسميتها أنها تكمل مافات من إرادة للأفراد . بعد ابرام التصرفات القانونية . وهى لا مجال لها إلا فى نطاق القانون الخاص. وفى نطاق هذه القواعد يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة أحكامها . فإذا باع شخص سيارة الى الغير. فإن المشترى هو الملتزم بدفع رسوم التسجيل . لكن يجوز الاتفاق بين البائع والمشترى علي أن يتحمل البائع رسوم التسجيل . فتلك القاعدة تنظم مسائل خاصة بالأفراد وترك المشرع لإرادة الأفراد أن ترتب ماتراه فى سبيل رواج الحالة الاقتصادية وتشجيع العمل التجارى . فالمعاملات التجارية قائمة علي سرعة التداول وكذلك الحال في حالة الاتفاق مع البائع أن يسلم المبيع إلى المشترى فى موطنه . فيجوز الأتفاق على تسليم المبيع فى موطن البائع أو فى موطن المشترى تسهيلا لعملية البيع وتسيير النشاط الاقتصادى [1] . وهنا تساؤل يقفز إلى الذهن . هل يتصور أن يكون هناك عنصر إلزام فى هذه القاعدة ؟ وإذا كان هناك عنصر إلزام . ماهو أساس القاعدة المكملة؟. كل هذه تساؤلات جديرة بالإجابة عليها .

ذهب البعض [2] إلي أن صفة الإلزام فى القاعدة المكملة

(١) أنظر للمؤلف عقد البيع عام ٢٠٠٠ ص ١١٨ والمادة ٤٣١ مدنى الخاصة بتسليم المبيع .

(٢) أنظر د/ سمير تناغو السابق ص ٨٦ – ٨٧.

موجود دون أدنى شك وهى تنطبق إذا غاب قانون العقد فمعاملات الافراد لابد أن تكون خاضعة لنظام معين . وإذا كانت هناك بعض المسائل التى لا يؤثر تنظيمها بشكل أو بآخر على الأسس الجوهرية التى يقوم عليها المجتمع . ومن ثم فإن القانون يتيح للأفراد تنظيم هذه المسائل طبقا لمشيئتهم . وترك هذه المسائل دون تنظيم مطلقا غير جائز للأفراد . واذا حدث هذا الترك فإن القواعد المكملة هى التى تطبق فى هذه الحالة مثل القواعد الآمرة . ومن شروط الالزام فى هذه القاعدة المكملة . ألا يوجد اتفاق بين الأفراد علي تنظيم المسائل المذكورة تنظيما مختلفا . وعدم وجود مثل هذا الاتفاق . هو شرط لانطباق هذه القاعدة . ليس لأنها غير ملزمة ولكن لأن شروط إنطباقها لم تكتمل بعد وأضاف البعض الآخر (١) أن هذه القواعد ذات جدوى اجتماعية . فهى تقدم لمتعاقدى المستقبل نموذجا لما يجب أن يكون عليه شروط العقد وأحكامه . وتقدم لهم أيضا قواعد لم يكن فى استطاعتهم العلم بها . وهى تساهم في إعادة تشكيل العلاقات الإجتماعية على أسس متطوره تعبر عن أسس جديدة وليس عما هو موجود فعلا .

---

(١) أنظر د/ حسام الأهوانى السابق ص ٩٥.

ويذهب البعض [١] إلي أن أساس هذه القاعدة يكمن فى الارادة الإلزامية للأفراد فالمشرع يفترض أن إرادة الأفراد لو كانوا تناولوا بعض المسائل لتوصلوا إلي الحل الذى أتى به المشرع فى القاعدة المكملة . ومن ثم فإرادة الأشخاص المحتملة تتفق مع هذه القاعدة المكملة . ويعترض على ذلك التحليل أستاذنا الفاضل الدكتور /حسام الأهوانى ." بأن هذا مجاز وافتراض لامحل له فالمشرع وهو يضع الحلول فى القواعد المكملة لا يتبع من إرادة الأفراد أو يستقى احكامها من الواقع أو ما يجرى عليه العمل فى معاملات الأشخاص فى المجتمع . ولكن هذه القواعد تنظم من الحلول التشريعية النموذجية الي يضعها المشرع لما يجب أن يكون . باعتبار أن اراده الأفراد قد لاتصل إلى هذا الحل النموذجى بالفعل . فهناك العديد من العوامل الاقتصادية والاجتماعية التى تؤخذ فى الإعتبار عن وضع هذه القواعد المكملة .

معيار التمييز بين القاعدة الآمرة والمكملبة :٠

اختلف الفقه فى شأن المعيار المميزبين نوعى هاتين القاعدتين. فمنهم من ذهب إلي أن المعيار المميز هو المعيار المادى

---

(١) انظر د/ عبدالفتاح عبدالباقى نظرية القانون ص ١١٨ عام ١٩٦٥ ، سليمان مرقص ص ١١٥ ، و محمد كامل مرسى أصول القوانين ص ١٠٩.

المستند إلى الألفاظ التي وردت بها صياغة هذه القواعد القانونية . أى المعيار اللفظى . وذهب البعض الآخر إلى أن المعيار المميز هو المعيار المعنوى أو بالبحث عن نية المشرع والحكمة من النص وهو يريد وضع قاعدة آمرة أم قاعدة مكملة . ويطلق عليه « معيار النظام العام والآداب العامة » .

ونظراً لأهمية هذا التمييز سوف تعرض لهذين المعيارين على النحو التالى :

أولاً : المعيار المادى : « اللفظى »(١)

يقصد بالمعيار المادى أو اللفظى . استخدام المشرع فى صياغة النص القانونى ألفاظ أو اصطلاحات من شأنها ترك الأمر لتقدير الأفراد . أو نهى الأفراد عن فعل معين أى استخدام مصطلحات تدل علي الجواز أو عدم الجواز أو الأمر أو النهى . فإذا كانت صياغة النص بألفاظ ومصطلحات من شأنها الجواز للأفراد بنشاط معين أو عدمه » مثل استخدام المشرع عبارات « مالم يوجد اتفاق على غير ذلك » . أو لايجوز فعل .... » أو يقع هذا التصرف باطلا » يجوز ... » . هذا الاتفاق باطل كل هذه المصطلحات فى الصياغة القانونية للنصوص يستدل منها على أنه إذا كان من شأنها الجواز أوترك الأمر لمشيئة الأفراد فإنه يستنتج من ذلك أن هذه

(١) أنظر د/ سمير تناغو ص ٨٦ - ٨٧.

القاعدة مكملة مثل نص المادة ١٢٧ /١ مدنى « ... يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجيء والقوة القاهرة . وكذلك نص المادة ٤٤٥ مدنى والخاصة بالضمان فى عقد البيع . أجاز المشرع للمتعاقدين بالاتفاق فيما بينهم أن يزيداً من الضمان او ينقصا هذا الضمان أى الاعفاء منه نهائيا رغم أن المشرع وضع قاعدة الضمان بصفة أساسية على عاتق البائع وكذلك المادة ٣٤٦ مدنى يجب أن يتم الوفاء فورا بمجرد ترتيب الالتزام نهائيا فى ذمة المدين مالم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك »

وأيضا المادة ٤٦٢ ، مدنى « نفقات عقد البيع ورسوم الدمغة والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشترى مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » . فبإمعان النظر فى هذه النصوص مجتمعة نجد أن صياغة ألفاظها جاءت بصفة غير ملزمة للأفراد. فوضع المشرع القاعدة . وأجاز للأفراد الاتفاق علي استبعاد أحكامها إذا إقتضت مصلحة المتعاقدين ذلك .

أما إذا إتضح من الصياغة أن المشرع استخدم عبارات وألفاظ ومصطلحات من شأنها الأمر أو البطلان أو عدم الجواز أو النهى . فإنه يتضح من ذلك أن هذه القاعدة قاعدة آمرة . يلتزم الأفراد بأحكامها . ولا يجوز لهم الاتفاق على مخالفتها . ومن أمثلة ذلك

ماجاء بنص المادة ١٣١ مدنى « التعامل على تركة انسان على قيد الحياة باطل ولو برضاه ».

ونص المادة ٢٣٢ مدنى « لايجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ولا يجوز فى أيه حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال . وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية » .

ونص المادة ١٠٣١ مدنى « .. لا ينعقد الرهن الرسمى إلابورقة رسمية ».

وأيضا نص المادة ٤٦٥ مدنى « إذا احتفظ البائع عند البيع بحق الاسترداد للمبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلا » .

يتضح من بيان هذه الصياغة سالفة الذكر أن المشرع استعمل فى صياغتها صيغة الوجوب أو الامرأو النهى أو البطلان أو عدم جواز الاتفاق على مخالفه أحكامها وإلا وقع الاتفاق باطلا.

تقدير هذا المعيار المادى :-

ذهب البعض إلى أن هذا المعيار ليس جامعا مانعا . فالغالبية العظمى من النصوص لاتنطوى علي إيضاح لفظى لطبيعة القاعدة القانونية من حيث كونها آمرة أو مكملة. وإضافة إلي ذلك فإن هناك

من القواعد الآمرة مثل نص المادة ١٤٠ مدني « ... يسقط الحق فى إبطال العقد إذا لم يتمسك صاحبه خلال ثلاث سنوات ويبدأ سريان هذه المدة فى حالة ناقص الأهلية من اليوم الذى يزول فيه هذا السبب وفى حالة الغلط أو التدليس ... الخ النص »

فهذا النص يحمى ناقص الأهلية . وهى قاعدة متعلقة بالنظام العام . لأنها تحمى القاصر من الظلم الذى قد يقع عليه من جراء عدم درايته وعدم نضجه وخبرته فى المعاملات . فإن المشرع جعل جزاء مخالفتها حماية مال القاصر هو الإبطال أى البطلان النسبى وليس البطلان المطلق . ومن ثم فإن الأمور لا تسير بهذه السهولة . ومن ثم فقد بات الأمر واجب فى البحث عن معيار أخر أكثر تحديداً ووضوحا. ومن هنا نعرض للمعيار الثانى كما يلى .

ثانيا : *المعيار المعنوي « النظام العام والآداب العامة »*

نادى بهذا المعيار الفقه الفرنسى[1] ويقصد به أن كل القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة هى قواعد آمره . فهي تمثل الجانب الأكبر من القواعد الأساسية التي تنظم المصالح العليا فى المجتمع وقد استخدم المشرع المصرى لفظ النظام العام والاداب

---

(١) انظر أوبرى ورو فقرة ١٠١١.

العامة في نص المادتين ١٣٥ ,١٣٦ مدني « ... اذا كان محل الالتزام أو سببه مخالفا للنظام العام والأداب فإن العقد يكون باطلا ».

وهنا يطرح على بساط البحث تساؤل حول فكرة النظام العام والآداب العامة . ماهو المقصود بها ؟.

بادىء ذى بدء لا يقصد بالقواعد التي تتعلق بالنظام العام أو الآداب العامة كما ذهب البعض [(١)] . القواعد التى تهدف إلي تحقيق المصالح العامة . لأن قواعد القانون فى مجموعها تهدف إلي ذلك . وإنما يقصد بها بصفة عامة تلك القواعد الي تمس المصالح العليا الأساسية سواء من الناحية الاقتصادية أو الاجتماعية أو الأخلاقية . فهى تضمن حد أدنى لا يمكن الأستغناء عنه للمصلحة العامة . وكما ذهب أستاذ المرحوم الدكتور عبد الرزاق السهنوري [(٢)] أن الحد الأدني لهذه المصلحة العامة يمكن أن يزيد أو ينقص بحسب المذاهب السائدة فى المجتمع . فإذا كان يسود المذهب الفردى . فإن دور الدولة يتقلص نتيجة لاتساع نشاط وسلطة الفرد فى المجتمع . واذا كان يسود المذهب الاشتراكى . حيث النزعة الاشتراكية فإن الدولة

---

(١) أنظر د/ سمير تناغو السابق ، ص ١٠٢-١٠٣.
(٣) أنظر د / السنهورى الوسيط جـ١ ص ٤٣٧.

يتسع سلطاتها على حساب الافراد ونتيجة لذلك تتسع قواعد النظام العام فى المذهب الاشتراكي وتنقص في ظل المذهب الفردي .

وفكرة النظام العام أو الآداب العامة من الأفكار الواسعة التى لا تقع تحت حصر أى أنها فكرة مرنة يصعب تحديدها بدقة تحديداً جامعا مانعا .وذهب البعض إلي أنه يقصد بالنظام العام . مجموع المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع[1] سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية . وهي تختلف من مجتمع إلي آخر . ومن زمان إلى زمان مغاير . أى أنها فكرة نسبية . فما يعد من النظام العام فى فرنسا لا يصلح أن يكون من النظام العام فى مصر . فقاعدة تعدد الزوجات فى مصر مباحة . علي عكس ذلك فى فرنسا . لا يعرف نظام تعدد الزوجات اذ أن قواعد الشريعة الاسلامية فى مصر تبيح تعدد الزوجات . أما فى فرنسا فإن الشريعة المسيحية هى الغالبة فى التطبيق فلا يوجد تعدد زوجات . وكذلك حق الزوج فى رخصة الطلاق بالإرادة المنفردة فى مصر . على خلاف ذلك فى فرنسا. لا يوجد طلاق بالارادة المنفردة للزوج فلابد من اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بإنهاء علاقة الزوجية . ولأسباب محدودة منها لا تطليق إلا لعلة الزنا.

ويقصد بالآداب العامة الناموس الأخلاقى . أى المبادىء

(١) أنظر د / حسام الأهوانى السابق ص ١٠٢.

الخلقية السامية التى تفرض على الكافة لحفظ المجتمع . وقد اعترض البعض على فصل الآداب العامة عن النظام العام[١] بالقول « أنه يفضل الاكتفاء بمصطلح النظام العام . فالنظام العام هو مجموع المصالح السياسية والإجتماعية والإقتصادية والخلقية التى يقوم عليها كيان المجتمع . ويكتفى فى المعيار المعنوى بلفظ النظام العام فقط فهو يشمل الاخلاق . أى هو مثابة الكل يحجب الجزء بمثابة العام من الخاص . وسوف نتولى تباعا إبراز أهم التطبيقات لفكرة النظام العام والآداب العامة .

تطبيق فكرة النظام العام :

جميع قواعد القانون العام مثل القانون الدستورى والدولى والإدارى والجنائى والمالى تتصف بالنظام العام . ففى مجال القانون الادارى . لا يجوز للموظف العام أن يؤدى عمله لدى صاحب عمل خاص ولصالحه . أو يقوم يالواجبات الوظيفية نظير مقابل مالى لذلك . وقواعد القانون الدستورى التى تحدد الحقوق والواجبات السياسية مثل حق الفرد فى الترشيح لعضوية المجالس النيابية لا يجوز التنازل عنها مقابل جعل مادى . وحرية التنقل والسفر والإقامة كذلك لايتم

(١) أنظر د/ منصور مصطفى منصور ص ٦٣ ، جميل الشرقاوى ص ٧٢ - شمس الوكيل فقرة ٦٧.

التنازل لقاء أى مقابل . ويقع باطلا كإتفاق على هذا التنازل . وقواعد القانون الضريبى . لايجوز الاتفاق على التهرب من الرسوم الضريبية المفروضة على الممول . وقواعد القانون الجنائى لا يجوز الاتفاق مع الأشخاص على ارتكاب جريمة وذلك نظير مكافأة ولاتقتصر فكرة النظام العام على هذه القواعد سالفة الذكر . وإنما تمتد إلى نطاق القانون الخاص رغم أنه قانون المعاملات والعلاقات المدنية . فهناك شرط الدفع بالذهب باطل فى كل المعاملات سواء كانت فى الخارج أو الداخل . وأحكام الميراث متعلقة كذلك بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق على نصيب أقل من الذى قدره المشرع في نصوص قوانين الميراث . وكذلك قواعد الوصية .

تطبيق فكرة الآداب العامة :.

رغم اعتراض البعض [١] كما سبق القول على إنفراد الآداب العامة لتحديد القواعد الآمرة والمكملة فإن هذه الفكرة تتعلق بالناموس الأخلاقى أو الأدبى كما يرى صاحب هذا النظر ومن أمثلة تطبيق هذه الفكرة المرنة أيضا :

فلا يجوز للفرد أن يقيم علاقة غير مشروعة مع أمرأة نظير دفع راتب شهرى لها ، أو تأجير أحد المحلات أو الشقق لممارسة الفجور . فهذا العقد يكون باطلا . أو ممارسة ألعاب الرهان والقمار

---

(١) أنظر د/ سمير عبدالسيد تناغو ، السابق ، ص ١٠٥.

الباب الثانى

أنواع ومصادر القانون وتفسيره

تمهيد :

تعتبر الدراسة فى هذا الباب الثانى أهم موضوعات البحث . حيث أن هذا المؤلف تم خصيصاً لدراسة نظرية القانون . ولا يتسنى الوقوف على أحكام تلك النظرية إلا بالحديث عن أنواع القانون طبقا لما تم سرده من قواعد قانونية . ثم الحديث تباعا عن مصادر هذا القانون والتى سوف نتناولها تفصيلا فيما بعد وهى : ـ التشريع ـ العرف ـ الدين ـ الفقه ـ والقضاء ـ مبادى القانون الطبيعى وقواعد العدالة . ثم يأتى بعد ذلك طرق ووسائل تفسير هذه القوانين المختلفة . ومن ثم تأتى خطة الدراسة والبحث فى هذا الباب موزعة على أربعة فصول هى : ـ الفصل الأول : أنواع القانون . الفصل الثانى أساس القانون ـ الفصل الثالث : . مصادر القانون . الفصل الرابع تفسير القانون . وسوف نتولى بحث هذه الموضوعات على النحو التالى :-

الفصل الأول

أنــواع القـــانون

تمهيد :

لما كانت قواعد القانون على النحو الذى سلف . لا تنطبق على علاقات ذات طبيعة واحدة بل تختلف فى طبيعتها اختلافا يقابله تعدد فروع القانون المختلفة وهذه الفروع أو أقسام القانون تنقسم بصفة أساسية إلي قسمين . هما القسم الأول: القانون العام . والقسم الثانى . القانون الخاص . ويندرج تحت هذين النوعين فروع مختلفة سوف نذكرها تباعا . ولكن يثور التساؤل . كيف يمكن التمييز بين قواعد القانون العام والقانون الخاص [١] . وقبل الإجابة على هذا التساؤل لابد لنا من وقفه غير طويلة حول ماهية القانون العام والقانون الخاص . ثم معيار التمييز فيما بينهما وهذا فى المبحث الأول . ثم يتناول المبحث الثانى فروع القانون المختلفة.

---

(١) يطلق مونتسكيو على القانون العام " القانون السياسى " والقانون الخاص " القانون المدنى . مشار اليه فى سمير عبدالسيد السابق ص ٥٥٢ هامش ٧٨.

المبحث الأول

القانون العام والخاص

القانون العام :-

يعبر عن القانون العام بأنه مجموعة القواعد القانونية التى تنظم العلاقات التي تكون الدولة طرفا فيها بإعتبارها صاحبة السلطة العليا والسيادة فى داخل الدولة .وبمالها من هذه السيادة تجبر الأفراد على الإنصياع لقواعد القانون .

القانون الخاص:

يعبر عنه . بأنه مجموعة القواعد القانونية التى تنظم علاقات الأفراد فيما بينهم من ناحية أو فيما بينهم وبين الدولة من ناحية أخري . ولا يقصد بالأفراد هنا الأشخاص الطبيعية فقط . وإنما يمتد هذا الاصطلاح إلي الأشخاص الاعتبارية الخاصة . مثل الشركات والجمعيات والمؤسسات [١].

وتقسيم القانون إلى عام وخاص يعزى إلى نشأة القانون الرومانى . فقد كان الرومان ينظرون إلي الدولة بإعتبارها سلطة عامة

---

(١) أنظر للمؤلف نظرية الحق عام ٢٠٠١ ص ١٣٢.

تعمل للصالح العام . والمصلحة العامة تعلو على المصلحة الخاص . ويرفض الفقه [١] السوفيتى تقسيم القانون إلي قانون عام وخاص . وقسم القانون إلي قاعدة قانونية أفقية . وقاعدة قانونية رأسية وعلي أيه حال . فإن هذا الاتجاه الدارج فى لغة الفقه يلاقى رواجا عظيما فى هذه الآونه . وخاصة بعد انتشار المذهب الاشتراكى . وازدياد تدخل الدولة فى تنظيم العلاقات الفردية . فنجد أن المشرع يتدخل فى كثير من العلاقات الخاصة بوضع قواعد استثنائية للصالح العام[٢] .

معيار التمييز بين القانون العام والقانون الخاص :

لم تتوحد أقلام الفقه فى وضع معيار محدد لهذا التمييز بل جاء الإختلاف واضحا وأمكننا الوقوف على ثلاثة معايير هى : - المعيار الشخصى . المعيار الشكلى . المعيار الموضوعى[٣].

وسوف نعرض لهذه المعايير على النحو التالى :

---

(١) أنظر د/ حسام الأهوانى . النظرية الماركسية للقانون ص ٢٨٨.

(٢) أنظر المادة ١٨ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، ٢٩ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ المعدل بالقانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون ٦ لسنة ١٩٩٧ المعدل بالقانون ١٤ لسنة ٢٠٠١ وهى قواعد خاصة بالامتداد القانونى لعقد ايجار الأماكن والأجرة السكنية .

(٣) أنظر د/ أبو زيد عبدالباقى مصطفى السابق ، ص ٣٦ - ٣٦.

أولا المعيار الشخصي . النظر إلى أشخاص العلاقة القانونية

يرى أنصار هذا الاتجاه أن أساس التقسيم للقانون إلى قانون عام وقانون خاص . يتعين النظر إلى أشخاص العلاقة القانونية . فإذا كانت علاقة الدولة بدولة أخرى . فإن القانون الذى ينظم هذه العلاقات هو القانون العام . وإذا كانت هذه العلاقة بين الأفراد فيما بينهم . فإن القانون الذى ينظمها هو القانون الخاص

ثانيا : ـ المعيار الثاني : المعيار الشكلي : « النظر إلي طبيعة القواعد التي ينظمها القانون ».

يرى أنصار هذا الاتجاه أن أساس التمييز بين القانون العام والقانون الخاص يكمن فى طبيعة قواعد كل بينهما . فالقانون العام هو قانون الغلبة والسيطرة . بما يحويه من قواعد آمرة لايجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة أحكامها . أما القانون الخاص فهو قانون الحرية والاستقلال . ويعلو فيه مبدأ سلطات الإرادة على سلطة الدولة العليا.

ثالثا: المعيار الموضوعي : . « النظر إلي المصلحة التي يحميها القانون » .

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلي أن أساس التقسيم للقانون العام

والقانون الخاص . يتعين الرجوع إلي المصلحة التى يحميها . فإذا كانت مصلحة عامة . فإن القانون الذى يحميها يطلق عليه القانون العام . واذاكانت مصلحة خاصة . فإن القانون الذى ينظمها يطلق عليه القانون الخاص .

رأينا فى الموضوع :.

بعد استعراض هذه الاتجاهات المختلفة سالفة الذكر . نجد أن المعيار الموضوعى منتقد من أساسه . إذ أنه ينظر إلى المصلحة التى يحميها القانون . فإذا كانت مصلحة عامة . فهو قانون عام . واذا كانت مصلحة خاصة فهو قانون خاص . ويمكن الرد على ذلك بسهولة ويسر . فهناك العديد من القواعد التى تحمى المصلحة العامة مثل نظام الزواج والأهلية وتخدم مصالح فردية . وهى ليست من قواعد القانون العام . وأما عن المعيار الشكلى الذى يستند إلي تحديد القواعد الآمرة والمكملة فى تقسيم القانون إلى عام وخاص فإن هذا القول عارى من الحقيقة . إذ أن القانون العام ليس قانون إخضاع الفرد لسلطة وسيطرة الدولة . فهناك بعض أجزاء القانون العام مثل قواعد القانون الدستورى . الهدف منها ضمان حرية الأفراد. كما أن هناك جزء أيضا من قواعد القانون الخاص . قواعد آمرة . مثل التي تتعلق بقانون التأمينات الاجتماعية وقانون العمل الحالى المطبق رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ .

أما عن المعيار الثالث وهو المعيار الشخصي فيمكن القول أنه أقرب المعايير إذ تم إضافة معيار آخر اليه وهو . أن قواعد القانون العام هى تلك التى تنظم العلاقات التى تكون الدولة طرفا فيها باعتبارها صاحبة سيادة . سواء كانت هذه العلاقات بين الأفراد والدولة . أوبين الدولة وغيرها من الدول الأخرى .

اهمية التفرقة بين القانون العام والخاص :

ذهب أستاذنا الفاضل الدكتور / حسام الأهواني [١] إلى أن تقسيم القانون إلي عام وخاص . ليس تقسيما جامداً . بل يتصف بالمرونة ويخضع لمتطلبات السيادة بإختلاف الزمان والمكان . ومن ثم فلابد أن هناك أهمية تنجلى عن هذه التفرقة نذكرها على النحو التالى :

١ـ أن علاقة الدولة بموظفيها تختلف عن علاقة صاحب العمل فى القطاع الخاص بعماله . فالموظف العام يقوم بالعمل لتسيير المرفق العام . وبالتالي فإنه يخضع لقيود مثل عدم جواز الإضراب عن العمل . لأن ذلك يؤدى إلى إختلال المرفق العام . على خلاف الحال فإن العامل فى مجال العلاقات الخاصة يسمح له بقدر من هذه الحرية [٢].

---

(١) أنظر د/ حسام الأهوانى السابق ص ٨١.

(٢) أنظر مشروع قانون العمل الجديد الذى يعطى العامل الحق فى الاضراب للمطالبة بحقوقه.

٢ـ في نطاق العقود الادارية . لاشك أن العقد الاداري يحوى شروطا غير مألوفة في العقود المدنية الخاصة . فتتمتع الادارة بسلطة قوية مثل عقود المزايدات ويطلق على هذه العقود . عقود الإذعان . أما في نطاق العلاقات الخاصة فإن المشرع أكد على مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين . وهذه سمة خاصة بعقود القانون الخاص . وخول القاضي سلطة واسعة في هذه العقود لإقامة التوازن العقدي في نطاق العقود المدنية [١] .

٣ ـ ينتج عن تقسيم القانون العام والخاص نتيجة هامة لايمكن إغفالها فالقانون العام يحمي المصلحة العامة في الدولة . عن طريق السلطة العامة . بوسائل غير متاحة للأفراد العاديين . فالسلطة العامة عندما تريد نفع عام فإنها تلجأ إلى قواعد نزع الملكية والإستيلاء . ولها سلطة التنفيذ الجبري المباشر . عن طريق استخدام القرارات الادارية . على حين لا يملك ذلك الافراد . فالفرد لابد ألايقتضي لنفسه ولا يقيم العدالة لنفسه فعليه اللجوء إلى السلطة المختصة في الدولة . وعندما يحصل على حكم يؤكد مركزه القانوني الإيجابي . فعليه استخدام الوسائل القانونية المتاحة من خلال قانون المرافعات والتنفيذ الجبري .

---

(١) أنظر للمؤلف : التوازن العقدي في نطاق عقود الاذعان عام ١٩٩٩ ص ٧٨.

المبحث الثانى

فروع القانون

تمهيد :

أمكننا سلفا تحديد أنواع القانون . وتم الوقوف على تقسمين. هما القانون العام والقانون الخاص . وهذا التقسيم يندرج ويتفرع عنه تقسيم آخر أكثر تفصيلا . فى داخل القانون العام يوجد العديد من الفروع . وداخل القانون الخاص يوجد أيضا فروع متعددة والأمانة العلمية تفرض علينا بحث هذه التقسيمات الفرعية كل فى مطلب خاص . يتناول المطلب الأول : ـ فروع القانون العام .ويتناول المطلب الثانى : فروع القانون الخاص .

المطلب الأول

فروع القانون العام

يذهب أستاذنا الفاضل الدكتور / حسن كيره [١] إلى تقسيم القانون العام إلي قسمين كبيرين هما : ـ القانون العام الخارجي ويقصد به القانون الدولي العام . والقانون العام الداخلي ويقصد به : . القانون الدستوري ـ الإداري ـ الجنائي ـ المالي والضريبي وهذا التقسيم في دراسة فروع القانون العام على النحو التالي :

---

(١) أنظر د/ حسن كيره ، المدخل لدراسة القانون ١٩٧٣ ص ٢٨٦.

الفرع الأول

القانون العام الخارجى

« القانون الدولي العام »

الحديث عن القانون الدولى العام يتضمن العديد من المحاور الرئيسية التى يتعين الولوج اليها للوقوف على ماهية القانون الدولى ونطاقه . ثم بيان القوة الملزمة لقواعده . وأخيرا . التعرض لبيان عما اذا كانت قواعد هذا القانون هى قواعد قانونية كاملة من عدمه وتكون دراسته على النحو التالى : .

١ـ ماهية القانون الدولى العام :.

يقصد بالقانون الدولى العام " أنه مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الدول فى وقت السلم ووقت الحرب . وعلاقات الدولة بالمنظمات الدولية وتستطيع الوقوف على نطاق القانون الدولى من هذا التعريف " .

٢ـ نطاق قواعد القانون الدولي العام :

يقصد بنطاق هذه القواعد الموضوعات التي يحويها هذا القانون العام الخارجى ونرى مع البعض (١) أن هذا القانون يضم بين دفتيه

(١) أنظر د/ أبو زيد عبدالباقى ، السابق ، ص ٣٧-٣٨.

نوعين من القواعد .

(أ) القواعد التى تنظم العلاقات بين الدول فى وقت السلم :

يعالج القانون الدولى كيفية اكتساب الدولة الشخصية القانونية الدولية . وبيان أنواع الدولة سواء كانت كاملة السيادة أم ناقصة السيادة . وطرق التعامل الدبلوماسى وتنفيذ المعاهدات الدولية وآثارها والغائها . وكيفية حل المنازعات بين الدولة وغيرها من الدول الأخرى مثل اللجوء إلي قواعد التحكيم الدولى والصلح بالطرق السليمة وهذا مانراه واضحا فى تلك الآونه من هذا العصر . عندما حدث نزاع بين مصر وإسرائيل فى حرب عام ١٩٧٣ . ودخول بعض الأراضى المصرية في سيطرة الاحتلال الاسرائيلى فلجأت الدولة أولاً : إلى الحل العسكرى . ثم الحل السلمى عن طريق الصلح والتحكيم المتمثل فى منطقة طابا .

ب ـ القواعد التى تنظم علاقات الدول فى حال الحرب :.

فى الحقيقة الواقعية شهد القرن الحادى والعشرين ومشارف القرن الحادى والعشرين العديد من الصراعات والتى لازالت البشرية تعانى مأساه فيها مثل حالة الحرب بين روسيا والشيشان ـ واسرائيل والعرب وفلسطين . والبلقان ـ كوسوفو ـ والصرب والألبان

والعراق وما وقع أخيرا من حوادث إرهابية دولية مثلما حدث فى الحادى عشر من سبتمبر عام ٢٠٠١ وبالتحديد يوم الثلاثاء الأسود كما أطلق عليه الشعب الأمريكى . وهو حادث انفجار مركز التجارة العالمى ومبنى وزارة الدفاع الأمريكي { البنتاجون } . كل هذه الصراعات تكشف عن قواعد واجبه لحل مثل هذه النزاعات المسلحة . ودور المنظمات الدولية الممثلة فى الأمم المتحدة على رأسها مجلس الأمن والجمعية العامة فى النهوض بالدور الدبلوماسى كل هذه المنازعات وتهدئه جو الحرب والدمار . ومن هنا يبرز دور قواعد القانون الدولى العام في وضع الحلول المناسبة وأقلها خسارة للبشرية وموقف الدول المحايدة فى النظم العالمية . وكيفية معاملة الأسرى فى حالة الحرب

٢ ـ *القوة الملزمة لقواعد القانون الدولى العام*:ـ

اختلف الفقه حول تحديد القوة الملزمة لقواعد هذا القانون . فذهب اتجاه أول يرى أن قواعد القانون الدولي العام لاتكون ملزمة إلا إذا اعترفت الدولة بالقانون الدولى العام فى دستورها . وهذا يعنى أن سلطة الدولة هى التى يعترف بها . ولا وجود للقانون إلا القانون الصادر عن هذه السلطة . بينما يذهب الاتجاه الثاني . إلي أن القانون الدولي هو النظام القانونى الغالب . على النظم القانونية

الموجودة فى الدولة . بحيث يعتبر القانون الدولي العام . هو أساس القوة الملزمة للقانون الداخلى فى الدولة المختلفة . ويذهب البعض[١] إلي أنه بموجب ذلك يتضمن القانون الدولى العام قاعدة مؤداها أن كل حكومة تباشر سيطرة فعلية مستقلة عن الحكومات الأخرى . ولايهم الطريقة الي وصلت بها الحكومة إلي السلطة سواء كانت بطريق شرعي أوغير شرعي . وهذا القول الأخير نابع عن أن القانون الدولى يعترف بالثورة الناجمة التى غيرت نظام الحكم فى الدولة لخلق القانون . ويترتب على الأخذ بالاتجاه الثانى أن القانون الدولي العام هو الذى يتضمن أساس القوة الملزمة للقوانين الداخلية .

فالقانون الدولي العام ه أسمى القوانين بالنسبة للقوانين الداخلية . والدولة وحدها هى المخاطبة بأحكامه .

ونري أن الاتجاه الثانى هو الراجح . لأن المنطق القانونى الذى يجب أن يكون هو أن القانون الدولي أسمى فى الدرجة من إرادة الأفراد . فإرادة الدولة بإعتبارها سلطة عليا تعلو على السلطة الداخلية . وهى لاغني عنها فى إصباغ صفة الإلزام والجبر علي سلطة الأفراد . وفي حقيقة الأمر أننا نتناسى واقع مفروض وهو أن قواعد

---

(١) أنظر د/ سمير تناغو السابق ص ٥٧٥.

القانون الدولى العام مازالت في مرحلة التكوين . ولا توجد حاليا قواعد دولية عامة ملزمة لكل الدول . وذلك يعزى إلى غياب السلطة السياسية العالمية فلا زالت الدول ذات العضوية الدائمة في مجلس الأمن تفرض سيطرتها علي جميع الدولة الأخرى . بمالها من سلطان ونفوذ سياسى واقتصادى وعسكرى . فنرى الان علي الساحة الدولية . إستخدام إسرائيل وسائل بشعة تصل إلي حد الأرهاب الدولى فى فلسطين بمساعدة حليفاتها من الدول الأوربية مثل أمريكا وبريطانياواستخدام أمريكا نفسها السلاح العسكرى لمحاربة أفقر الدول الإسلامية فى العالم أفغانستان لمجرد تواجد أحد قادة تنظيم القاعدة الإسلامية بها . دون أن تعبأ بالرأى العام الدولى .

هل تعد قواعد القانون الدولى العام قاعدة قانونية كاملة [١] ؟

قبل الإجابة على هذا التساؤل يعن لنا إبراز المعني الحقيقى للتساؤل هل القاعدة القانونية الدولية لها عنصران مثل القواعد القانونية الأخرى . بمعني أن هناك لاسلطة عليا تعلو علي إرادة الدولة . وهناك لاسلطة تنفيذية عليا تملك الجزاء الجبرى علي من يخالفها

---

(١) أنظر د/ أبو زيد عبدالباقى مصطفى السابق ص ٣٨ - ٣٩.

تنازع الإجابة على ذلك التساؤل . اتجاهين . يذهب الاتجاه الأول : أن هذه القواعد ينقصها العنصران سالف الذكر . فلا يوجد سلطة عليا تعلو على إرادة الدولة . حتى مع وجود هيئة الأمم المتحدة . فليست لها سلطة فوق الدول . وإنما يجتمع أعضاء المجتمع الدولي عن طريق ممثلين لدولهم بطريقة منظمة لوضع القرارات الدولية . وقد أصبحت الآن قرارات هيئة الأمم ممثلة في مجلس الأمن غير فاعلة . فهناك العديد من القرارات الصادرة من مجلس الأمن ولم توضع حتى الآن موضع التنفيذ . مثل قرارات إنسحاب إسرائيل من الدول العربية وأراضيها إلى ماقبل ٥ يونيه ١٩٦٧ . وغيره من القرارات الأخرى . وينقص هذه القواعد أيضا وجود سلطة تنفيذية عليا توقع الجزاء على الدولة التى تخالف الشريعة الدولية . وأصبح يقوم بتطبيق الجزاء بريطانيا وأمريكا فقط . حيث هما الدولتان العظمتان فى العالم كله . بينما يذهب الاتجاه الثانى : إلي الاعتراف لقواعد القانون الدولي بالقواعد القانونية الكاملة . ولا يقلل من كاملية هذه القواعد عدم وجود سلطة عليا تعلو على إرادات الدول . فوجود المشرع ليس شرطا لوجود القانون . كما أن القانون بصفة تدريجية حتى تصبح قواعد ملزمة . أما عن عدم وجود سلطة توقع الجزاء فلا يقلل من فاعلية القاعدة كذلك .

لأن هناك العديد من القواعد القانونية العامة لاتقترن بجزاء مادى مباشر . مثل قواعد القانون الدستورى . ولم يقل أحد مطلقا بعدم فاعلية قواعد هذا القانون الأخير.

الفرع الثاني

القانون العام الداخلي

١ـ القانون الدستوري :ـ

ماهيته ونطاقه : هو ذلك القانون الذى يحوى مجموعة القواعد القانونية التي تحدد شكل الدولة ونظام الحكم وسلطاتها المختلفة . وعلاقة كل منهما بالأخرى ويوضح ما للأفراد من حقوق وحريات عامة قبل الدولة (١) . ويعتبر القانون الدستورى أسمى درجة في النظام القانونى للدولة . طبقا لمبدأ تدرج القوانين . فهو يأتى علي رأس النظام القانونى . ولا يجوز لمن يليه من القوانين أن يأتي بأحكام تخالف الدستور . فهو الأساس الذي ينبى عليه القوانين العادية والفرعية مثل اللوائح والأنظمة . وقواعد هذا القانون قد تكون مكتوبة وبالتالى فإن دستورها يكون مكتوبا . وقد تكون قواعد عرفية . فيكون الدستور عرفيا (٢). ويتحدد نطاق هذا القانون فى:- تحديد شكل الدولة بالوقوف علي ما إذا كانت الدولة دكتاتورية أم جمهورية أو ملكية . ويوضح أيضا السلطة العامة العليا فى داخل

---

(١) أنظر د/ أبو زيد عبدالباقى السابق ص ٤٠ - ٤١.

(٢) أنظر د/ رمزى الشاعر ، القانون الدستورى عام ١٩٩٤ ص ١٠١.

الدولة ممثلة فى السلطة التشريعية ـ التنفيذية القضائية أخذاً بمبدأ الفصل بين السلطات الثلاث . كما تتكفل قواعده ببيان الحقوق والحريات الأساسية للأفراد تجاه الدولة . فحقوق الأفراد مثل حق التملك والرأى والتنقل والإجتماع وتولي الوظائف العامة في الدولة كل هذه الحقوق يتعين تنظيمها بما يكفل تطبيقها تحت المبدأ الأساسى فى الدستور « الناس متساوون فى الحقوق والواجبات» .

ويضيف البعض[١] . أنه يلاحظ أن القانون الدستورى وإن كان يهتم بتنظيم السلطات العامة فى الدولة . إلا أنه يهتم أكثر بتنظيم السلطة التشريعية التى يتم عن طريقها إنشاء القواعد القانونية . ولذلك أطلق علي هذا القانون القانون البرلمانى.

ما مدى اعتبار قواعد القانون الدستورى قواعد قانونية كاملة[٢].

والذي دعا إلي هذا التساؤل هو تصور البعض الظاهرى . هل توقع الدولة جزاء على نفسها فى حالة مخالفة القانون الدستوري ؟ يغيب عن الظاهر الذى يفترض على عدم قانونية قواعد القانون

---

(١) أنظر د/ سمير تناغو السابق ، ص ٥٦٦.
(٢) أنظر د/ أبو زيد عبدالباقى مصطفى السابق ، ص ٤١ - ٤٢.

الدستورى . الطابع الذى ينصب فيه عنصر الجزاء فالنظام القانونى المصرى قائم علي أساس مبدأ الفصل بين السلطات والرقابة المتبادلة بين هذه السلطات الثلاث فالقضاء سواء كان العادى أو الاداري يراقب نشاط الادارة فى حالة تعسفها مع الأفراد . ويكون هذا سلاح ضد العسف في إصدار القرارات الادارية بألغائها والتعويض عنها ويكون للسلطة التنفيذية حل المجلس النيابى أى مجلس الشعب ويكون لمجلس الشعب حق إسقاط الحكومة . فعن طريق الأسلوب الرقابى المتبادل بين هذه السلطات . فيوجد عنصر الجزاء وكان بصورة غير مادية . وهذا الأسلوب الرقابى يضمن كفالة احترام الحقوق الدستورية .

٢ ـ القانون الإداري:.

ماهيته ونطاقه :.

يقصد به [١] مجموعة القواعد التى تنظم نشاط الإدارة وهى تقوم بأداء وظيفتها وهذا القانون وثيق الصلةبالقانون الدستورى لدرجة أن البعض ذهب إلى أن التفرقة بينهما تفرقة تحكمية أو تكون مصطنعة . فهو ينظم نشاط السلطة التنفيذية أى السلطة

---

(١) أنظر د/ أبو زيد عبدالباقى مصطفى السابق ص ٤٣.

الادارية . كما ينظم القانون الدستورى نشاط السلطة التشريعية ويطلق عليه البعض القانون الإدارى الاقتصادى . ويتضمن من القانون فى أحكامه بيان مايلى :

أ ـ تنظيم المرافق العامة والأشخاص الاعتبارية العامة سواء كانت إقليمية أوغير اقليمية

ب ـ تنظيم الأموال العامة وطرق كسب الملكية لها ومنع التعدى عليها مع عدم جواز تملكها بالتقادم . وعدم جواز الحجز عليها للصالح العام . وكيفية إدارة هذه الأموال .

جـ ـ نزع الملكية للصالح العام والإستيلاء علي المال الخاص لتحقيق النفع العام .

د ـ يوضح النظام الادارى فى الدولة وهو إما أن يكون مركزيا أولا مركزيا .

هـ ـ ينظم علاقة الدولة بالموظف العام من تعيين وترقية وتأديب وعزل

و ـ وضع الأحكام العامة لسلطة الادارة فى التعاقد في نظام العقود الادارية والتى تحتوى علي شروط غير مألوفة في عقود

القانون الخاص علي النحو الذى سوف تتعرض له عند دراسة القانون الخاص .

ز ـ تنظيم القضاء الادارى . أى يتناول نظام القضاء الادارى من رقابة على مشروعية القرارت الادارية فى مواجهة دعوى الالغاء . وكذلك التعويض عن القرارات الادارية غير المشروعة وذلك فى مواجهة دعوى التعويض . كما يحوي القضاء الادارى فى تنظيمه أيضا قسم للفتوى والتشريع على رأسه الجمعية العمومية لمجلس الدولة المصرى .

هذا ويلاحظ أن القانون الاداري غير وارد فى مجموعة من النصوص مثل القوانين العقابية أو التقنين المدنى المصرى أو التقنين التجاري أو تقنين قانون المرافعات المدنية والتجارية . بل له مصادر في قوانين خاصة متفرقة مثل قانون العاملين المدنية بالدولة ٤٧ لسنة ١٩٧٨ وقانون نزع الملكية رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ وهكذا .

٣ـ القانون الجنائى :.

ماهيته ونطاقه :.

يقصد به مجموعة القواعد التى تحدد الجرائم والعقوبات .

والإجراءات اللازمة لمحاكمة الخارجين على قواعد القانون الجنائى .

وبإمعان النظر فى التعريف . نجد أن القانون الجنائى يتسع نطاقه لنوعين من القواعد . النوع الأول :. يطلق عليه قانون العقوبات . وقد تناوله المشرع بالتنظيم فى المجموعة من النصوص فى قانون العقوبات المصرى رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ . ثم أستبدل بالقانون ١٠٦ لسنة ١٩٧١ . والنوع الثانى :. قانون الإجراءات الجنائية رقم ٥٠ لسنة ١٩٥٠ المستبدل بالقانون ١٧٨ لسنة ١٩٥١ . الذى عدى بأحكام القانون ١٩٧٤ لسنة ١٩٩٩ . وسوف تعرض بإيجاز شديد لأهم موضوعات كل منهما .

ا- قانون العقوبات :.

يتناول هذا القانون قسمين . القسم الأول : القسم العام ويشمل دراسة مبدأ الشرعية الجنائية لا جريمة ولاعقوبة إلا بنص . وأركان الجريمة من ركن مادى وقصد جنائى . وأنواع الجرائم من جنايات وجنح ومخالفات . وكذلك أنواع العقوبات سواء كانت سالبة للحرية أم مالية . والأولي هى : . الإعدام ـ الأشغال الشاقة بنوعيها المؤبدة والمؤقتة . والسجن والحبس . والغرامة . وكذلك أيضا العقوبات التبعية مثل : ـ الوضع تحت مراقبة الشرطه ـ الغلق ـ المصادرة ـ

العزل من الوظيفة العامة ـ الحرمان من الشهادة أمام المحاكم طوال مدة العقوبة . الحرمان من التحلى برتبة أو نيشان أو الالتحاق بالوظيفة العامة .

القسم الثانى :. القسم الخاص :. يتناول هذا القسم شرح أحكام الجرائم سواء كانت جرائم تمس المصلحة العامة . مثل جرائم أمن الدولة سواء فى الخارج أو الداخل مثل التخابر والسعى لدى الدول الأجنبية . أو الحفاظ علي المال العام مثل جرائم الاختلاس والتزوير والرشوة والتربح من المنفعة العامة . أو كانت جرائم تمس الأشخاص مثل جرائم القتل والسرقة والعاهة ـ والضرب المفضى إلى موت . وجرائم العرض والشرف والإعتبار مثل الإغتصاب وهتك العرض والزنا . والسب والقذف والبلاغ الكاذب . فقد وضع المشرع لكل جريمة نموذج قانونى لابد أن ينصب فيه هذا النموذج

ب ـ قانون الإجراءات الجنائية :.

يطلق على هذا القانون قانون الشرفاء [١] . فهذا القانون يرسم الشرعية الإجرائية لطريق المحاكمة . فكل متهم برىء حتى تثبت

---

(١) أنظر محاضرة السيد المستشار / عدلى حسين محافظ المنوفية " ندوة مستقبل قانون الاجراءات الجنائية فى مصر عام ١٩٩٨ " كلية الحقوق - جامعة المنوفية .

إدانته . فقرينة البراءة هى الأصل . ويتناول هذا القانون إجراءات الضبط الادارى والقضائى فى مواجهة الجريمة . وإجراءات التحقيق والحبس الاحتياطى وإجراءات المحاكمة على درجتين . وطرق الطعن المختلفة من معارضة أو إستئناف ـ أو نقض أو التماس إعادة النظر.

٤ـ القانون الضريبى :.

هذا القانون المطبق حاليا هو القانون ١٨٧ لسنة ١٩٩٣ . يتناول هذا القانون الضريبة الموحدة على الممولين . من أرباح تجارية وصناعية ـ ضرائب على الدخل ـ ضرائب المهن الحرة مثل الأطباء والمحامين والمعلمين والمهندسين . أى التجارية وغير التجارية . والضرائب النوعية . كما يشمل هذا القانون الضرائب على المبيعات التي نظمها المشرع بموجب أحكام القانون ١١ لسنة ١٩٩١ . والذى تناول التحكيم الإجبارى فى منازعات ضرائب المبيعات ـ منازعات الحجز الادارى ـ التصالح ـ منازعات شركات القطاع العام وقطاع الأعمال (١).

---

(١) أنظر د/ زكريا محمد بيومى المنازعات فى ضريبة المبيعات ١٩٩٣ دار الكتب القانونية ص ١-٢.

المطلب الثانى

فروع القانون الخاص

تمهيد:.

لما كانت العلاقات التى تقوم بين الأفراد . ينظمها القانون الخاص بتلك العلاقات . ولاشك أن هذا القانون يحتوى على عدة فروع تنظم هذه العلاقات . فمنها من ينظم المعاملات المدنية من التزامات وعقود وملكية ويطلق عليه القانون المدنى . وهو على رأس هذه الفروع جميعا . ومنها من ينظم العلاقات التجارية . مثل التاجر والأوراق المالية والعمليات المصرفية ويطلق عليه القانون التجارى ومنها من ينظم علاقات العمل والنقابات العمالية ويطلق عليه قانون العمل . ومنها من ينظم التأمينات على هؤلاد العمال ودفع اشتراكات هذا التأمين ومعاش العجز والشيخوخة والاصابات المهنية والأمراض التي تنتج عن مباشرة هذه المهن . ويطلق عليه قانون التأمين الإجتماعى . ومنها من ينظم علاقات المزراعين بالملاك ورعاية الأراضى الزراعية ويطلق عليه القانون الزراعى . ومنها من ينظم العلاقات ذات الصفة الدولية الخاصة بالأشخاص ويطلق عليه القانون الدولى الخاص . ونخلص إلى أن هذه الفروع هى : . القانون المدنى

- القانون التجارى - قانون العمل - قانون التأمين الإجتماعي - القانون الزراعى - القانون الدولى الخاص - قانون المرافعات المدنية والتجارية . وسوف نلقى الضوء علي الأحكام التى ينظمها كل قانون على حدة فيما يلى :

أولاً : القانون المدنى

يعتبر القانون المدنى هو أهم فروع القانون الخاص وأقدمها . وهو الشريعة العامة التى يتعين الرجوع اليها . فيتعين الرجوع اليه . حيث لايوجد نص فى فروع القوانين الأخرى . وقد بدأ تطبيق هذا القانون [١] بعد الغاء المحاكم المختلطة وجمعه المشرع فى صورة نصوص أطلق عليه التقنين المدنى المصرى الجديد وصدر به القانون ١٢١ لسنة ١٩٤٨ [٢] . ويتضمن هذا القانون نوعين من العلاقات . النوع الأول : - الأحوال الشخصية وهى تشمل - علاقات الانسان داخل أسرته . أى القواعد التى تتعلق بحالة الأشخاص وأهليتهم - ونطاق الشخصية القانونية . وقواعد الزواج والطلاق والنسب والميراث . ويلاحظ كما يرى البعض [٣]أن التقنين المدنى

(١) تم العمل بذلك القانون فى ١٥/١٠/١٩٤٩

(٢) نشر هذا القانون فى الوقائع المصرية ١٩٤٨/٧/٢٩ العدد ١٠٨ مكرر

(٣) أنظر د/ سمير تناغو السابق ص ٥٧٨.

المصرى لا يتضمن القواعد الخاصة بالأسرة . فهى قواعد تختلف بحسب ديانه الأشخاص . ولا يوجد قانون موحد للعلاقات الأسرية للمصريين جميعا . لكن هناك مسائل موحدة تسرى على جميع المواطنين فى الدولة مهما كانت ديانتهم مثل الميراث والوصية ولكن ذلك لايمنع أن القواعد التى تنظم علاقات الأسرة هى من صلب قواعد القانون المدنى [١] . والنوع الثانى :. الأحوال العينية وهى تشمل المعاملات الخاصة بين الأفراد فى مجال العقود بصفة عامة . فقد نظم المشرع المصرى فى نصوص التقنين المدنى العقود المسماه . وهناك العديد من العقود غير المسماه . ونظم الحقوق العينية الأصلية مثل حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه . والحقوق العينية التبعية مثل حق الأختصاص والامتياز والرهن بنوعيه . الرهن الرسمى والحيازى .

ثانيا :. *القانون التجارى*

يقصد بالقانون التجارى كما يذهب البعض [٢] . أنه مجموعة القواعد التى تنظم المعاملات التجارية سواء كانت هذه المعاملات

---

(١) أنظر للمؤلف الأحوال الشخصية لغير المسلمين عام ١٩٩٨ ص ١١٢،١١٤.
(٢) أنظر د/ أبو زيد عبدالباقى السابق ص ٥٢ - ٥٣.

بين التجار أم كانت متعلقة بأعمال تجارية . وتتصف قواعد القانون التجارى بوصفين :ـ الوصف الأول :. الثقة فى المعاملات :. خرج فيها المشرع على القواعد العامة الواردة فى قانون الإثبات [(١)] رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ المعدل بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ المعدل بالقانون ١٨ لسنة ١٩٩٩ . فحدد المشرع نصاب معين فى التصرفات المدنية وهو خمسائة جنيه . من ضرورة توافر الإثبات بالكتابة . وقصر ذلك على التصرفات المدنية . وبالتالى تخرج التصرفات التجارية . كما فرض المشرع التضامن فى المادة ٢٧٩ فى المواد التجارية بعكس الحال فى المواد المدنية . فإنه لا يفترض وإنما لابد أن يكون بناء على إتفاق أو نص فى القانون كما وضع المشرع قواعد خاصة بالإفلاس لنظام التجار فى القانون ١٧ لسنة ١٩٩٩ وهو قانون التجارة لضمان الثقة فى المعاملات التجارية على خلاف نظام الإعسار المدنى كما جعل المشرع دفاتر التاجر حجة عليه إذا كان خصمه تاجراً . ومانص عليه المشرع فى المادة ٢/٣٤٦ مدني وهى الخاصة بنظر الميسره . أى إذا كان المدين فى دين مدنى متعسر فى أداء الدين وكانت هناك ظروف تبرر منحه آجلا للقيام بذلك . فإن هذه الميزة لاتنطبق على الدين التجارى .

(١) أنظر المادة ٦٠ إثبات المعدلة بالقانون ١٨ لسنة ١٩٩٩ الذى عدل نصاب الاثبات الى خمسمائة جنيه .

الوصف الثاني :. السرعة فى المعاملات : لما كانت المعاملات التجارية تخضع لقواعد العرض والطلب . وهى متغيره بتغير الأزمان والأشخاص . فإن الضرورة تقتضى منح هذه المعاملات التجارية سرعة في الأداء . على غير القواعد المعمول بها فى القانون المدنى ومن أمثلة ذلك ماورد فى المادة ٣٠٥ مدنى والخاصة بحوالة الحق . خص المشرع التصرف المدنى بعدم نفاذ الحوالة قبل المدين أوقبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يتطلب أن يكون ذلك القبول ثابت التاريخ فهذا القيد فى حوالة الحق لا يتمشى مع قواعد القانون التجارى التى أباح فيها المشرع نقل ملكية الأوراق التجارية بالتظهر أومجرد التوقيع بما يفيد الحوالة .

وينحصر نطاق القانون التجارى فى دراسة التاجر والعمل التجارى والشركات التجارية والأوراق التجارية والإفلاس والعقود التجارية والملكية الصناعية . وظهر مجال جديد للملكية الفكرية والملكية الصناعية والنماذج الصناعية وبراءات الإختراع وتفرع عن هذا القانون . القانون البحرى الذى يتناول السفينة والتأمين والعقود البحرية والنقل البحرى . كما تفرع عن هذا القانون . القانون الجوى .

الذى يتناول الطائرة ونقل الأشخاص والبضائع . والاتفاقيات الخاصة بالنقل الدولى والطيران مثل إتفاقية بروكسل . كما ينظم الملاحة الجوية .

ثالثا: قانون العمل

يقصد به . أنه مجموعة من القواعد التى تنظم العلاقات الناشئة عن العمل التابع . ويكون العامل تابعا لرب العمل بالتبعية القانونية التي هي قوامها . القيام بالعمل تحت رقابة وإشراف وتوجيه صاحب العمل [١] .وقد سبق تنظيم قانون العمل فى نصوص التقنين المدنى فى المواد من ٦٧٤ ومابعدها فى مجموعة التقنين المدني المصرى الجديد . ولكن المشرع نظراً لانتشار المذهب الاشتراكى فى الاقتصاد وازدياد نشاط العمال وظهور عصر الثورة الصناعية وتابعها الثورة التكنولوجية الحديثة فقد خرج المشرع المصرى على هذه القواعد العامة وخص لها تشريع آمر متعلق بالنظام العام وهو القانون المطبق حاليا رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ . ويتناول قانون العمل سواء كان فى القواعد العامة فى القانون المدنى أو قانون العمل ١٣٧ لسنة ١٩٨١ دراسة الموضوعات الآتية :.

---

(١) أنظر للمؤلف موسوعة قانون العمل ١٣٧ لسنة ١٩٨١ عام ١٩٩٩ / ٢٠٠٠ ص ١٦-١٧.

١ـ علاقات العمل الفردية . بالحديث عن العامل وصاحب العمل وساعات العمل والأجر وملحقاته . وتنظيم عمل الأحداث والنساء وتوفير الحماية والسلامة المهنية وخصص المشرع الباب الخامس والأخير من قانون العمل المصرى ١٣٧ لسنة ١٩٨١ للسلامة والصحة المهنية . وأوضح المشرع السلطات التأديبية لصاحب العمل والفصل التعسفى وسلطة القضاء فى الحد من سلطة وإساءة استخدام السلطة لصاحب العمل . بإنشاء ما يسمى بلجنة القوى العاملة ومحكمة العمال .

٢ـ علاقات العمل الجماعية : تناول المشرع فيها النقابات العمالية وسلطة صاحب العمل فى انهاء عقد العمل لأسباب إقتصادية وذلك علي النحو الوارد تحت رقابة لجنة من القوى العاملة ولجنة عليا . وقواعد التحكيم في منازعات العمل الجماعى . وعقد العمل المشترك

ومما هو جدير بالذكر أنه عند غياب النص التشريعى فى قانون العمل ١٣٧ لسنة ١٩٨١ . يتعين الرجوع إلي قواعد القانون المدني بإعتبارها الشريعة العامة للقانون الخاص بوجه عام وهناك اتجاه تشريعى في مجلس الشعب حاليا فى عام ٢٠٠٢ نحو إصدار قانون

العمل الموحد . وتعديل القانون ١٣٧ لسنة ١٩٨١ .

رابعا :. قانون التأمين الإجتماعى

يقصد به . مجموعة القواعد التي تطبق علي العمال فى نطاق العلاقات الخاصة . أى العاملين لدي أصحاب الأعمال وذلك لتأمين القوى البشرية ضد أخطار المهنة التي يعملون بها . وقد ظهر منها القانون فى مصر عام ١٩٥٩ (١) ثم صدر القانون ٦٣ لسنة ١٩٦٤ المعدل بالقانون ٢٥ لسنة ١٩٧٧ المعدل بالقانون ١٢ لسنة ١٩٩٤ . ولا يستفيد من أحكامه سوى العمال فقط دون العاملين المدنيين بالدولة . ولايقصد بذلك القانون . قانون الضمان الاجتماعى لأن الضمان الإجتماعي يستفيد منه كل الأشخاص بصرف النظر عما إذا كان عاملا فى القطاع العام والخاص أو الحكومى . بل يستفيد منه الإنسان بوصفه كذلك ويشمل هذا التأمين الاجتماعى أنواع التأمين التالية :.

تأمين إصابات العمل ـ تأمين البطالة ـ تأمين المرض ـ تأمين الشيخوخة ـ تأمين الوفاه ويشمل نظام التأمين ثلاثة أنواع :ـ نظام التأمين الأساسى وهو القانون ٢٥ لسنة ٩٧٧ والخاص بالتأمين على

(١) أنظر للمؤلف قانون التأمين الإجتماعى عام ١٩٩٨ ص ٦-٨.

العمال . ونظام التأمين على أصحاب الأعمال بالقانون ١٠٨ لسنة ١٩٧٦ والتأمين على العاملين بالخارج بقانون ١٩٨٤. والهيئة التي تقوم بهذه الأعباء يطلق عليها الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية والهيئة العامة للتأمين والمعاشات وهذه الهيئة لها سلطة عامة تجاه الأفراد الذين يتعاملون معها . فأموالها أموال عامة . وتحصيلها بطريق الحجر الادارى . ولاتسقط بالتقادم . وأموالها لها حق امتياز عام يأتي فى المرتبه بعد المصروفات والمبالغ المستحقة للخزانة العامة . ومعفاة من الضرائب والرسوم . ولموظفيها فى نطاق اختصاصهم سلطة الضبط القضائى . وتناول هذا القانون طرق فض المنازعات بين الهيئة والممولين الخاضعين لأحكامها : بالزامهم باللجوء إلى مايسمى بالتحكيم إجبارى [١] أى يتعين اللجوء إلى لجنة فض المنازعات المنشأة بالهيئة الى القضاء .فإذا خالف الخاضع ذلك . فإن القضاء سوف يقضى بعدم قبول الدعوى لرفعها بغير الطريق الذى رسمه القانون . وقد فرض المشرع هذا النظام وجعله اجباريا على العمال وأصحاب الأعمال . ويستفيد منه العامل عند حدوث اصابة العمل . حتي ولوكان صاحب العمل غير مشترك عنه في التأمينات ولم يسدد الاشتراكات .

---

(١) أنظر للمؤلف المنازعات المدنية الناشئة عن تطبيق قانون التأمين الاجتماعى . عام ١٩٩٤ ص ١١٢ - ١١٦

خامسا : *القانون الزراعى*

لقد تناول المشرع المصرى فى نصوص التقنين المدنى بعض أنواع الإيجار ابتداء من المادة ٦١٠ مدني والخاص بإيجار الأراضى الزراعية . متناولاً بعض الأحكام العامة والإيجار بطريق المزارعة ولكن ليس هذا هو القانون الزراعى . الذى بدأ نشأته منذ صدور المرسوم القانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ فى شأن الإصلاح الزراعى . ثم قانون الزراعه رقم ٥٣ لسنة ١٩٦٦ المعدل . وبدأ هذا القانون فى الاستغلال منذ هذا التاريخ . وهو يتناول :. تنظيم الملكية الزراعية والحدود المقررة لها . وأحكام الاستيلاء علي القدر الزائد عن الحد الأقصى لهذه الملكية والتعويض عنها . كما يتناول الحد من تجزئة الملكية الزراعية الصغيرة واستغلال الأراضى الزراعية . والأجرة القانونية . ونظام للتقاضى . وأن المشرع المصرى عاد مرة أخرى لاعادة التوازن بين طبقتى الملاك والمستأجرين فصدر القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٢ . والذى حدد مهلة انتقالية للإنتقال إلى نظام العودة لسلطان الارادة حول المدة والأجرة فى الأراضى الزراعية . وبدأ تطبيقه خلال خمس سنوات أى اعتباراً من عام ١٩٩٧ . ولكن إلى الآن لم يفقد القانون الزراعى إستقلاليته كقانون . بل ظل يدرس كفرع

مستقل من فروع القانون الخاص فى كليات الحقوق . ولكن لنا ملاحظة . لابد من وضع هذا القانون فى مصداقيته . هل لازال له دور فاعل فى مجال الدراسات الأولية فى كلية الحقوق . ننادى من خلال هذا المؤلف البحثى العودة إلى دراسة القواعد العامة فى إيجار الأراضى الزراعية الواردة فى القانون المدني فهى الشريعة العامة التى يتعين اللجوء إليها عند غموض أو خلو أى فرع من فروع القانون الخاص عن حكم مافى مسألة معينة .

سادسا :ـ قانون المرافق المدنية والتجارية

هذا القانون هو أصلا قانون القضاء المدنى رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ . الذي عدل بأحكام القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية . وصدر فى ١٩٦٨/٥/٧ ونشر في الجريدة الرسمية . ويعمل به بعد ستة أشهر من تاريخ نشره . ثم عدل هذا القانون بموجب أحكام القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ . ثم بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ ويتناول هذا القانون نوعين من القواعد. النوع الأول : ـ يتعلق بإجراءات التقاضى ابتداء من تنظيم الدعوى وشروطها وحقوق وواجبات الخصوم . ووسائل الإثبات والدفوع أمام المحاكم . وقواعد وعوارض الخصوم من شطب وترك

وتنازل عن الخصومة أى تنظيم الخصومة بوجه عام . والنوع الثانى : . ويتعلق بتنظيم السلطة القضائية من تعيين القضاه وحقوقهم وواجباتهم وأنواع المحاكم واختصاصاتها . وإصدار الأحكام وطرق الطعن فيها .

ويرى البعض (١) أن هذا النوع الثانى من القواعد التي يحويها القانون هى قواعد من القانون العام . حيث أنها تتعلق جميعا بتنظيم السلطة القضائية . ولكننا نري أن هذا القول لا يخرج قانون المرافعات المدنية عن ذاتيته كفرع من فروع القانون الخاص . إذ الغلبة الكثيرة أنه ينظم مصالح خاصة بالأفراد . وإقتضاء الحقوق . وهذه الحقوق والمراكز الخاصة ليست الدولة طرفا فيها من قريب أو بعيد وإن كانت تهدف فى النهاية إلى بث الاستقرار والأمن الإجتماعى بين الأفراد .

سابعا :. *القانون الدولى الخاص*

يقصد به مجموعة القواعد القانونية التى ينظم قواعد الاختصاص القضائى الخاصة بتنازع القوانين . والقواعد الخاصة بمركز الأجانب والجنسية . وجميع هذه القواعد ليست لها علاقة

---

(١) أنظر د/ سمير عبدالسيد تناغو السابق ص ٥٨٧.

بالقانون الدولى العام . وأطلق اسم القانون الدولى على هذا القانون من باب التجاوز باعتباره يحوى علاقة ذات عنصر أجنبي . فهو قانون وطنى بكل المقاييس القانونية . وقد تكفل المشرع المصرى بوضع العديد من القواعد التى تنظم العلاقة ذات العنصر الأجنبي فى نصوص التقنين المدنى المصرى فى المواد من : ١٠ ـ حتى ٢٨ مدني مصرى . وهذه القواعد تعد مصدر من مصادر القانون الدولى الخاص . فقد جاء نص المادة ١٠ مدني « القانون المصرى هو المرجع فى هذه العلاقات عندما يطلب تحديد هذه العلاقات فى قضية تنازع القوانين للوقوف على القانون الواجب التطبيق . فى النزاع ونعرض بعض الأمثلة التالية لايضالح كيفية تطبيق القواعد القانونية للقانون الدولى الخاص عندما يكون هناك عنصر أجنبى .

أ ـ يمتلك الأمريكى الجنسية عقاراً فى مصر بموجب أحكام القانون ٢٣٠ لسنة ١٩٩٦ الذى يخول الأجنبي هذه الملكية العقارية وأراد بيع هذا العقار شخص فرنسى الجنسية وتم ابرام هذا العقد في جمهورية مصر العربية . وحدث نزاع بينهما حول كيفية التسليم للعقار وسداد باقى الثمن . فأى القوانين ينطبق . هل القانون الأمريكى أم القانون الفرنسى ؟ أجاب المشرع المصرى علي هذا

التساؤل فى المادة ٨/ مدنى « .... يسرى على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما تختص بالعقار ... إلخ النص » وحكم هذا النص طالما أن العقار كائن فى مصر فإنه يطبق قانون موقع العقار . وهو القانون المصرى

ب ـ تزوج حسن المصري الجنسية بماريكا الفرنسية الجنسية . ثم أنجب منها ثلاثة أولاد . واستمرت الحياة الزوجية مدة ثلاث سنوات هادئة . إلا أن الزوجة أرادت أن تعود إلى فرنسا ومعها أولادها . فحدثت خلافات الزوجية فى مصر . وأراد الزوج أن يطلق زوجته ولا يعطيها أية حقوق . فأى القوانين تطبق على حقوق الزوجية. هل القانون الفرنسى أم القانون المصرى . أجاب المشرع المصرى علي ذلك فى المادة ١٣ مدنى « يسرى قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت إنعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج . » من هنا يمكن القول أن الزوج مصرى الجنسية وقت الطلاق. فإن القانون المصرى هو المنطبق عند هذه المنازعة . وليست قواعد التشريع الوطنى هى المصدر الوحيد للقانون الدولى الخاص ولكن يوجد المعاهدات الدولية والعرف بالإضافة إليها .

الفصل الثانى

أســـاس القانـــون

تمهيد:

بعد الفراغ من دراسة ماهية القاعدة القانونية وأنواعها وخصائصها . وأنواع القانون وفروعه المختلفة من عام وخاص . ونحن فى مقام هذا البحث العلمى لا يفوتنى أن أنوه . إلي أن القاعدة القانونية لاتنشأ من العدم والفراغ . بل هناك عدة عوامل تساهم فى تكوين هذه القاعدة منها عوامل إجتماعية وعوامل اقتصادية وعوامل سياسية وعوامل جغرافية . وهذا ما يعبر عنه بأن القاعدة تمثل الإرادة الشارعة فى المجتمع . وتعبر عن المثل العليا .مما يجعلها أصبحت ملزمة فى ضمير الجماعة بصفة عامة . ويقصد بأساس القانون تحديد أساس يبرر وجود هذه القاعدة القانونية وإلزامها للأفراد عامة . وبالبحث والاستقصاء فى المجال الفلسفى لدراسة القانون [١] نجد أن هناك اتجاهين . يهتم الاتجاه الأول بالمظهر الشكلى . أى أن القانون يعبر عن إرادة الحاكم . وهذه الإرادة هى

---

(١) زنظر حمدى عبدالرحمن ص ٤٥ - أبو زيد مصطفى ص ٢٦٦ - حسام الأهوانى ص ٤١ - سليمان مرقص ص ١٧٦ - عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ١٦.

التى تخلق القـانون . بينمـا يهـتم الأتجـاه الثـانى :ـ بالمـذهب الموضوعى الذى يرى أن هناك عوامل عدة أسهمت فى وجود القاعدة القانونية منها العوامل التاريخيـة . أو عوامل فى الطبيعة نفسهـا . ومن ثم فإن خطة الدراسة في هذا الفصل تأتى موزعة على مبحثين . يتناول المبـحث الأول : المـذهب الشكلي . ويتناول المبـحث الثـانى المذهب الموضوعى .

المبحث الأول

المذهب الشكلي

« نظرية اوستن»

مفهوم النظرية وأساسها :.

تبدأ هذه النظرية من خلال دراسة تحليله . فهي تستبعد الأفكار المثالية القائمة على العدل وتقصر اهتمام القانون على الواقع[١] للكشف عن ماهية القانون « مجموعة من الأوامر الصادرةعن السلطة العليا فى الجماعة إلى الأفراد الخاضعين لها على نحو أصبح ملزما . ونادي بتلك النظرية الفيلسوف أوستن وهو أستاذ الفلسفة فى جامعة لندن خلال القرن التاسع عشر [٢] .

فالقانون ليس بنصيحة وإنما هو أمر من شخص يعترف له بالطاعة . ويوجه إلي أفراد يدنيون بالطاعة للحاكم .

ومن ثم فإن القانون عند صاحب هذا المذهب يقوم على ثلاثة أسس هى :.

---

(١) أنظر حمدى عبدالرحمن السابق ص ٨٠.
(٢) أنظر / أبو زيد مصطفى السابق ص ٢٦١.

١ـ أن القانون أمر بعمل معين وامتناع عن عمل .

٢ـ أن يصدر أمر الطاعة من الحاكم الذى يدين له الأفراد بالطاعة .

٣ـ أن يكون هناك جزاء يوقع من الحاكم على من يخالف القانون .

وسوف نتولى شرح هذه الأسس كما يلي :

« القانون امر بعمل معين وامتناع عن عمل »

وكما سبق أن ذكرنا . أن القانون ليس مجرد نصيحة للأشخاص فى المجتمع إن أرادوا الإلتزام بها . وإن اردوا التحلل منها أو مخالفتها وقدتم الاعتراض على ذلك . فإن هناك العديد من القواعد القانونية لا تتضمن أمراً أو نهيا . مثل قواعد القانون المدني الخاصة بالعقود فليس هناك الزام على الأفراد بالبيع لما يملكون أو تأجير ملكهم . أو قانون المرافعات فهناك من القواعد الإجرائية القضائية لا يجبر الأفراد باللجوء إلى جهات القضاء للمطالبة بحقوقهم . وقواعد القانون الدستورى وكذلك قواعد القانون الادارى . فهل تخرج قواعد هذه القوانين من مراد القاعدة القانونية ؟ الإجابة بالقطع لا .. . فقواعد هذه القوانين لا تتضمن أمر أو نهى بالمعنى الدقيق . إلا أنها تتضمن فكرة الإلزام والقهر والجبر . وهذا ماذهب

اليه صاحب النظرية الشكلية . فالقواعد التي تنظم الشراء والبيع وتنظم السلطة وإجراءات التقاضى . فهى تلزم الأفراد إذا اتفق العقد فى حالة البيع أو الشراء أو عند تشكيل السلطات أوعن صدور حكم من القضاء وبتقرير المركز القانوني للمدعي

« الحاكم فى النظام هو الذى يصدر الأوامر والنواهى :-

يختلف الحاكم من نظام إلى نظام . ففى حالة الحاكم الفرد . فإنه هو الذي يصدر الأمر باتباع القاعدة أو النهى عنها وفى حالة الحكومة الديمقراطية فإن الهيئة التى تمثل الدولة هى التي تصدر هذه الأوامر والنواهى حيث تتركز السلطة والهيمنة العليا . فهي السلطة ذات الطابع السياسى (١) . وهي التي تضع بإرادتها القاعدة القانونية . فى القانون هنا ينشأ برعاية ومشاعر هذه السلطة العليا فى الدولة .

توقيع الجزاء على مخالف الأوامر والنواهى :.

لكى تتصف القاعدة القانونية بالإلزام . يتعين أن تتسم بجزاء دنيوى توقفه السلطه العليا السياسية فى الدولة . وهذا الجزاء يوقع علي من يخالف أوامر ونواهى هذه السلطة . وهو الذى يفرق بين

---

(١) أنظر د/ حسام الأهوانى السابق ص ٢٣.

القاعدة القانونية عن غيرها من القواعد الاجتماعية الأخرى والقواعد الدينية . ومن ثم فإن هذا الشرط كما يذهب البعض[١] يؤدى إلى القول بأن قواعد القانون الدولى العام ليست قواعد قانونية . نظراً لعدم وجود سلطة تعلو إرادتها على إرادات الدول تمكنها من أن توجه إليها الأوامر والنواهي وتجبرها علي طاعتها . وكذلك قواعد القانون الدستورى كما ذهب البعض ينقصها عنصر الجزاء وبالتالى لا يضفى عليها صفة القواعد القانونية . وذلك لأن الحاكم يضع هذه القواعد بإرادته واختياره فى علاقته بالشعب المحكوم . ومن ثم فهو يخرج على القاعدة القانونية بإرادته حراً كما يشاء وفى أى وقت يشاء .

نقد النظرية :

من خلال الموقف السابق يمكن توجيه هذه الاعتراضات إلي تلك النظرية فى ثلاثة مواضع كما يلى :

أولاً : إن الإعتداد بالمعيار الشكلى لوجود القاعدة القانونية . يبعدنا عن جوهر القاعدة القانونية . فهناك العديد من العوامل التى ساهمت وشاركت فى تكوين هذه القاعدة القانونية . فهناك العوامل

---

(١) أنظر د/ أبو زيد مصطفى السابق ص٢٧٢.

الواقعية والحقائق المثالية سواء كانت حقائق اقتصادية أو اجتماعية أو خلقية أو دينية (١)

ثانيا اهمال جانب القاعدة على حساب الحاكم:

هذا المذهب الشكلى ركز فقط على ارادة ومشيئة الحاكم وحده . والاعتداد بمشيئة المحكومين . وهذا يخالف الواقع . فالقانون يجب أن يأتى متفقا مع حاجات وظروف المحكومين الذين يتعاملون به . وطالما أن الحاكم لا يعتدبرضاء المحكومين . فإن هذا القانون لا يدوم طويلا . فكما يذهب البعض (٢) أن القناعة والرضا بالقانون أهم عوامل نجاح القانون في الدولة .

ثالثا: اعتبار التشريع المصدر الوحيد للقانون: .

الأخذ بالمذهب الشكلى يؤدى إلى حصر معيار القانون في التشريع وحده . ولايتصور وجود أية معايير أخري معه . والحال عكس ذلك . فإن العرف يلعب دور كبير ملحوظ فى خلق القواعد القانونية . وهو مصدر تال للتشريع ومعترف به على مر العصور . بل هو فى رأينا سابق على التشريع . لأن اتباع الناس لقاعدة عرفية

---

(١) أنظر د/ حسام الأهوانى السابق ص ٥٥- ٥٩.
(٢) أنظر د/ حسام الأهوانى السابق ص ٤٤.

مدة طويلة من الزمان ثم يأتى دور المشرع يبرز هذه القاعدة فى صورة مكتوبة . وهذا خير دليل علي خير هذه القاعدة ونجاحها ودوامها واستقرارها . والقضاء ملزم بتطبيق العرف عندما يخلو نص القانون من حكم كل النزاع . ولا يقف القاضى عن حد التشريع وإلا يعتبر مرتكبا لجريمة الامتناع عن الحكم [ازدراء العدالة]

المبحث الثانى

المذهب الوضعى

إيذاء النقد الذي وجه إلي المذهب الشكلى وعدم نجاحه فى تأصيل أساس القاعدة القانونية . فقد ظهر بنطاق الفلسفة المثالية العديد من المدارس المثالية . التى تري أن القانون ليس إلا حقائق مثالية . وهذه الفلسفة المثالية أطلق عليها المذهب الموضوعى خلافا للمذهبالشكلى . وهى تنحصر فى ثلاثة مدارس هى : مدرسة القانون الطبيعى ـ المدرسة التاريخية ـ مدرسة التضامن الاجتماعى . ولدقة البحث يتعين علينا إبراز هذه المذاهب الفلسفية حتى يمكننا تقدير هذا المذهب الموضوعى . وسوف تعرض لهذه المدارس كل على حده .

أ ـ مدرسة القانون الطبيعى : .

يقصد بالقانون الطبيعى [١] أنه مجموعة من القواعد الثابتة فى كل زمان ومكان . بحيث تسمو على كل القوانين الوضعية . وهذا السمو لها ينبع من أنها تعتبر المثل العليا للعدالة بين البشر . وهذا هو الذي يوضح أن القانون الطبيعي هو أساس القانون الوضعى

(١) أنظر د/ أبو زيد مصطفى السابق ص ٢٧٥.

وفكرة القانون الطبيعى ليست فكرة حديثة . وإنما فكرة تمتد جذورها إلي الفلاسفة اليونانين . ثم ظهرت هذه الفكرة تباعا لدى الرومان . وكانت قواعد القانون الطبيعي وصيتهم لتعديل كثير من قواعد القانون الروماني . وفي العصور الوسطي غلبت الصفة الدينية علي قواعد القانون الطبيعي . فأصبح القانون عندهم فى هذا العصر . هو القانون الإلهى الذى يصل إلى البشر عن طريق الوحى الإلهى . ثم جاء القرن ١٨ ،١٩ . وأصبح القانون الطبيعى هو الأساس لتنظيم العلاقة بين الدولة وأفراد الشعب . فالأفراد لهم حقوق سابقة على دخولهم الجماعة . ويجب على الجماعة ألاتهدر حقوق هؤلاء الأفراد . ولكن فكرة القانون الطبيعى فى القرن ١٩ لاقت هجوما شديدا من أنصار المدرسة التاريخية . فالقانون عندهم وليد البيئة الإجتماعية . وهى متغيرة من زمان إلى آخر . فالقوانين تدور فى فلك الجماعة ومن ثم فلا وجود للثبات والدوام والعموم عند أنصار مدرسة القانون الطبيعى . وقد نشطت فكرة القانون الطبيعى على يد هوبز ولوك ورسو . وقد عرف جروسيوس القانون الطبيعى « أنه القاعدة التى يوحى بها العقل القويم . والتى بموجبها يتحدد العمل سواء كان ظالما أو عادلا طبقا لاتساقه مع المنطق والعقل .

ب - المدرسة التاريخية .

رائد هذه المدرسة الفقيه الألماني سافيني [١] . ويرى أن القانون ليس نتاج فكر وإنما هو وليد اجتماعي نشأ في البيئة الإجتماعية . فهو مثل الكائن الحي ينمو ويتطور فكل أمه لها قانون . والقانون في الدولة الواحدة يتغير من زمان إلي آخر ومفاد هذا التحليل . إن العرف هو المصدر الشعبي للقانون . فالعادات التي نشأت في ضمير الجماعة لهو خير دليل على نجاح هذه القواعد . ولا دور للمشرع إلا أنه يسجل من التطور لتلك القواعد في ضمير الجماعة . ولا يأخذ أنصار هذه المدرسة بفكرة تقنين القانون وتجميعه في صورة نصوص وأبواب . لأن ذلك يؤدى إلى نوع من الجمود وعدم ملاحقة التطور . وأنه يمتد البحث في تفسير القاعدة القانونية . ويجب البحث عنها ليس عند نية المشرع عند وضعها ولكن يتعين البحث عن النية المحتملة .

ولكن هذه النظرية منتقده . من أنها تلغى بصفة نهائية دور القانون الطبيعي . كما أنها بالغت في الدور الذاتي والتلقائي لنشأة وتطور القانون . كما لم تنجح هذه المدرسة في الغاء فكرة تقنين القانون . فقد انتشر التقنين بصفة واسعة فيما بعد . وأيضا حجمت

(١) أنظر د/ حسام الأهواني السابق ص ٤٨.

هذه المدرسة دور المشرع في وضع القانون وقصرته على مجرد مسجل لما يدور حوله فقط . مع أن هذا يخالف الدور الفاعل الذي يقوم به المشرع عندما يتخير أفضل الحلول لمواجهة أى منازعة .

جـ- مدرسة التضامن الاجتماعى :

رائد هذه المدرسة الفقيه الفرنسى ديجى [١] . ونقطة الانطلاق عند رائد هذه المدرسة أنه يمثل المدرسة الواقعية التي تقوم أساسا على تصور ماهو واقع بالفعل وما يمكن أن يوجد فى المستقبل . نعنى طريق الملاحظة والاستنباط . يمكن كشف دراسة الواقع فالإنسان بطبيعته كائن اجتماعى يرتبط بغيره من الأشخاص برابطة التضامن الانسانى الذى تحققه المصلحة المشتركة . وهذا التضامن كما يرى أستاذنا الفاضل الدكتور /حمدى عبد الرحمن أحمد [٢] ينقسم إلي نوعين . النوع الأول : - تضامن الاشتراك النوع الثانى :. تضامن تقسيم العمل . وفى إطار الواقع الملموس ينشأ القانون كمجموعة من القواعد التى تنظم الأفراد فى المجتمع . بقصد المحافظة علي النظام العام وعلى المصالح المشتركة . بقصد تحقيق

---

(١) أنظر د/ حمدى عبدالرحمن السابق ص ٦٦ عرض مذهب ديجى مطول القانون الدستورى جـ ١ والدولة والقانون الموضعى والتشريع الوضعى هامش ٢ ص ٦٦.

(٢)أنظر د/ أبو زيد مصطفى السابق ص ٢٨١.

التضامن الاجتماعى . ويستمد القانون قوته الملزمة من ضرورته للحياة الإجتماعية . أى أن القانون يجد أساسه فى التضامن الاجتماعى . ومما سبق يمكن القول مع البعض [١]. أن القانون في مجموعه يقوم علي الوقائع الملموسة وهي :.

١ـ النظرة الطبيعية الإجتماعية للإنسان . فهو منذ الأزل يعيش فى جماعة ولا يمكن الإنعزال عنها . فوجود المجتمع حقيقة ملموسة لامفر منها

٢ـ أن رابطة التضامن الاجتماعى في حياتهم الإجتماعية . وهي بدورها حقيقة واقعية يمكن التأكد منها بالمشاهدة الملموسة والتجربة . فحياه الأفراد فى المجتمع توجب هذا التضامن الاجتماعي . أن قدرات الأفراد تختلف من شخص إلى آخر . فهم يتبادلون ثمرة جهودهم وأعمالهم .

وقسم ديجى السلوك إلى ثلاثة أنواع هى :. القواعد السلوكية الاقتصادية ـ والقواعد الأخلاقية ـ القواعد القانونية . ويخلص ديجى إلى أن القانون يجد جذوره فى التضامن الإجتماعى الذى يقوم به الأفراد مضافا اليه كما يرى البعض [٢] الشعور بالعدل

---

(١) أنظر د/ حمدى عبدالرحمن السابق ص ٦٤.
(٢) أنظر د/ حمدى عبدالرحمن السابق ص ٦٥.

نقد النظرية :.

فى واقع الأمر لم يكتب لهذه المدرسة النجاح والأستمرار وخاصة أن ديجى لم يلتزم الواقعية في تحليل تلك النظرية . فإذا كان منطق النظرية يقدم حقيقة واقعية وهى التضامن الإجتماعى المنبنى على الاستنتاج والمشاهدة والتجربة . فهناك حقائق اجتماعية أخري ناشئة عن تجمع الأفراد فى المجتمع مثل التنافس الذي ينشأ نتيجة تعارض مصالح الأفراد . فلماذا لم يشير ديجى إلي تلك الظاهرة كما فعل فى التضامن الاجتماعى . فقيام ديجى بالتركيز على هذه الحقيقة فقط يعنى ابتعاده عن الواقع والدخول فى دائرة الفرض والاستنتاج وهذا يستبعد المنهج الواقعى الذي يؤمن به . فديجى يكون بذلك قد ابتعد عن الواقعية وذهب إلى المثالية . كما أن ماذهب اليه ديجى يؤدى إلى حتمية انبثاق القانون عن المجتمع وفي أسبقية وجوده علي وجود الدولة (١) . كما جعل ديجى القاعدة السلوكية قاعدة قانونية لمجرد توافر فكرة الجزاء . أى قبل تدخل الدولة بتنظيم الجزاء . ولم يقدم معياراً للتمييز بين القاعدة القانونية فى مراحل التكوين الأولى وبين غيرها من القواعد الاجتماعية والاقتصادية والخلقية .

(١) أنظر د/ حمدى عبدالرحمن السابق ص ٧٠.

رأينا في الموضوع :-

بعد فشل النظريتين سالفتى الذكر نري مع البعض [١] أن هناك العديد من العوامل والحقائق ساهمت فى تكوين القاعدة القانونية . فالقانون يوضع لخدمة البشر ومن ثم فلابد أن تأتى أحكامه متفقة مع طبيعة هؤلاء البشر . ولنسوق بعض الأمثلة لإبراز الحقائق الانسانية . فالقانون الخاص بالأسرة يخول الطلاق للرجل بالارادة المنفردة . وحق دعوة الزوجة إلى الطاعة فى مسكنه الشرعى وإلا تعتبر ناشازا . ولعل التساؤل يدور هنا لماذا لم يعطى القانون للزوجة حقوقا مقابلة لذلك ؟ . لعل الإجابة تبدو واضحة وراء هذه القواعد فاختلاف الجنس البشرى وتكوين الرجل وجعل القوامة له على المرأة يفسر اختلاف هذه القواعد . فكما حبى المشرع المرأة فى مواضع أخري مثل قواعد قانون العمل التي تحرم تشغيل النساء مابين الثامنة مساءاً والسابعة صباحاً . وقواعد أجازات الحمل والرضاع . فكل هذه قواعد لاحق للرجل فيها . فاختلاف الطبيعة البشرية وصفة الإنسانية وراء تكوين القاعدة القانونية . وكذلك القواعد الخاصة ببلوغ سن الرشد فى

(١) أنظر القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ وكذلك القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ فى شأن تيسير اجراءات التقاضى فى مجال الأحوال الشخصية . وخاصة المادة ٢٠ من القانون الأخير التى خولت الزوجة حق الخلع مقابلا لحق الطلاق للرجل بالإرادة المنفردة . (المستشار فتحى نجيب التعليق على قانون تيسير اجراءات التقاضى فى مجال الأحوال الشخصية عام ٢٠٠١ ص ٨-٩) .

المادة ٤٤ مدني مصرى . فوضع المشرع قرينة علي النضج عندما يبلغ هذه السن . ومن القواعد التى تساهم فى وضع القواعد القانونية أيضا . الوسط المادى والإجتماعي . مثل انتشار الإكترونات والبرمجيات اقتضت إصدار تشريعات ملائمة لحماية الملكية الفكرية وبراءات الإختراع . وانتشار الميكنه فى الصناعة أدى إلى العناية بالعامل ووضع قواعد تتعلق بالمدة الزمنية التي يعمل فيها والحد الأدنى للأجور . وساعات العمل . والأجازات . كل هذه القواعد كانت وراد ظهور هذه القواعد القانونية . وفي الآونة الأخير نظراً للهجوم البشع الذي تعرضت له البيئة سن لها المشرع القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٤ لحماية البيئة من التلوث . وكان السبب وراء هذا القانون الظروف الجغرافية التى يعيشها الانسان على وجه هذه البسيطة . وإذا كانت العوامل الواقعية علي هذا النحو أسهمت بقدر كبير فى تكوين وإنشاء الكثير من القواعد القانونية .فإنه لاخلاف أن الحقائق المثالية مثل قواعد الأخلاق والدين . والعوامل الاقتصادية كان لها دور مكمل للعومل الواقعية فمثلا قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ورائها حقيقة مثالية ناشئة عن الدين السماوى الذى أمرنا بالتساوى فى الحقوق والالتزام بالواجبات .وأمرنا بالتعاون علي البر والنهى عن المنكر . لاذلك يؤكد قاعدة العدالة التعاقدية . كما أثرت الظروف الاقتصادية فى الكثير من القواعد القانونية . مثل التـ شريعات

الاقتصادية الخاصة بالخصخصة والاستثمار وسياسة الانفتاح الاقتصادى . والعولمة . كل هذه المتغيرات الاقتصادية كان لها الفضل فى ابراز هذه التشريعات [١] . كما أثرت الظروف السياسية كذلك على بعض القواعد القانونية مثل المرسوم بقانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالاصلاح الزراعى . فقد وضع منذ ثورة يوليو ١٩٥٢ لتصفية أوضاع الإقطاع فى مصر وإعادة توزيع الملكية بطريقة اشتراكية . وامتداد عقود الايجار لصغار الزراع امتداد قانون يشبه الميراث فى حق الإنتفاع . لدرجة الاعتقاد بأن المشرع أراد أن يحقق طبقة وارثة للملاك من غير ذى الأصول أو الفروع . ووضح هذا عندما تغيرت ظروف المجتمع وتحسنت أحوال المعيشة لهذه الطبقات وبما لوحظ الآن من رواج أحوال الملاك فعاد المشرع مرة أخرى للتدخل وإصدار القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٢ الذى عدل القانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ ووضع له مهلة مدتها خمس سنوات أى يمر بمرحلة تمهيدية لتوفيق الأوضاع . وحاصل القول . أن القانون ماهو إلا انعكاس الآن لأحوال البشر ولابد من الرجوع إلي معايير وعوامل واقعية وحقائق مثالية للوصول إلى القاعدة القانونية .

---

(١) أنظر على سبيل المثال القانون ٤٣ لسنة ١٩٧٤ فى شأن حوافز وضمانات الاستثمار - القانون ١٠٦ لسنة ١٩٩١ في شأن قطاع الأعمال

الفصل الثالث

مصـــادر القانـون

تمهيد:

نعلم علما يقينيا أن القاعدة القانونية لاتنشأ من فراغ أو عدم. فلابد أن نبحث عن السبب الذى نشأت عنه هذه القاعدة . وكما عبر أحد الفلاسفة [١]« لايوجد شىء بلا مصدر ولاتوجد نتيجة بلا سبب » . ويقصد بسبب الإنشاء المصدر الذى تبحث عنه هذه القاعدة وهنا يثور التساؤل عن معنى مصطلح مصدر القانون .؟ لقد شاع استخدام مصدر القانون مثل التشريع ـ العرف ـ القضاء . المصدر الموضوعى أو الحقيقى . أى الحقائق الاجتماعيه والاقتصادية والسياسية والدينية التى استخدمها المشرع للقاعدة القانونية . المصدر التاريخى . أن الحقائق التاريخية التى استلهم المشرع منها وضع القاعدة القانونية . المصدر التفسيرى أى المرجع الذى يتم الاستعانة به فى تفسير القانون . ونرى مع البعض أن كلمة مصدر لايقصد بها سوى السبب الذى نشأت عنه القاعدة القانونية[٢].

---

(١) أنظر د / سمير عبدالسيد تناغو السابق ص ٢٥٨.

(٢) أنظر د / حمدى عبدالرحمن عكس ذلك " أن المصدر هو المنبع الذى يدلى بالقاعدة ويقصد به عدة معانى مختلفة حسب نظرة الفاحص ، المصدر التاريخى - الاجتماعى الشكلى .

وقد عبر المشرع المصرى عن مصدر القانون الوضعى المصرى فى مصدرين هما ماورد فى المادة ٢ من دستور جمهورية مضر العربية الدائم فى ١٩٧١ التى جاء نصها « .... مبادىء الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسى للتشريع » . والمادة ١ من نصوص التقنين المدنى المصرى الجديد التى جاء نصها « ... تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فى فحواها . فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية . فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة . ونظراً لأهمية بحث هذه المصادر تفصيلا .فإن منهج الدراسة والبحث فى هذا الفصل ينقسم إلى مبحثين . يتناول المبحث الأول المصادر الرسمية ويتناول المبحث الثانى المصادر الاحتياطية .

المبحث الأول

المصادر الرسمية للقانون

من خلال هذا العرض آنف الذكر . تستطيع أن نحصر مصادر القانون الرسمية التي يتعين ولوج القاضى اليها بالترتيب الذى وصفه المشرع فى نصوص الدستور والقانون . وننوه بادىء ذى بدء . أن المصدر الرسمى فى مجال الأحوال المدنية والأحوال العينية هو التشريع بالمفهوم الواسع الذى يتكون من الدستور والتشريع العادى - التشريع الفرعى أو اللائحة . ثم العرف ثم قواعد الدين . ثم مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة . وسوف نتولى تفصيل كل مصدر على حدة كما يلى فى مطلب خاص .

المطلب الأول

التشـــريع

تمهيد:

من خلال نص المادة الأولى الوارد في نصوص التقنين المدنى المصرى الجديد « ... .. فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف .... الخ النص » . من هذا النص تستطيع أن تستخلص أن المشرع أراد أن يكون للتشريع دور الصدارة فى التطبيق وهو المصدر الرسمى الأول الذى يتعين على القاضى تطبيقه ولايتعداه الى غيره إلي عند انعدام النص التشريعى على النحو الوارد بالترتيب الوارد فى النص سالف الذكر . ولما كان هذا المصدر أهم مصادر القانون فإننا سوف نتعرض لأحكامه من حيث ماهيه التشريع وخصائصه فى فرع أول . ويتناول الفرع الثانى أنواع التشريع وكيفية سنه والسلطة المختصة به . والفرع الثالث : ـ الرقابة على صحة التشريع بأنواعه . وذلك على النحو التالى .

الفرع الأول

ماهية التشريع وخصائصه

ماهيه التشريع وعناصره:

يقصد بالتشريع مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التى تصدر عن السلطة المحتصة فى الدولة . ومن ثم ذهب البعض [١] إلي أنه يتعين توافر عنصرين لوجود التشريع هما العنصر الموضوعى والذى يتمثل فى . وجود قاعدة قانونية بجميع عناصرها . أى توافر العنصر الفنى للقاعدة القانونية كما سبق الحديث عنها . والعنصر الثانى العنصر الشكلى . أى تصدر القاعدة طبقا لقواعد سن التشريع على النحو الذى سوف يرد تفصيلا فى الفرع الثانى من هذا المطلب . وبالتالى يخرج من عداد التشريع . القوانين الخاصة بربط الموازنة العامة للدولة . والقرارات التى تخول الوزراء كل فى مجال اختصاصه فى القيام بشأن استغلال المرافق العامة فى الدولة . فهى وإن كان قد توافر فيها العنصر الشكلى . فإن العنصر الفنى أى الموضوعى قد تخلف . وطالما تخلف أحد العناصر ينحسر وصف التشريع عن هذه القرارات من هذا التشريع سالف البيان ويمكن القول أن هناك ثلاثة محاور رئيسية يرتكز عليها التشريع بالمعنى المألوف وهى :.

---

(١) أنظر د/ حسام الأهوانى السابق ص ١٠٥ ومابعدها .

١ـ يجب أن يتوافر قاعدة قانونية بالخصائص التى سبق أن أوردناها سلفا . أى يجب أن تكون هذه القاعدة عامة.ومجردة . ومصحوبة بجزاء يوقع على المخالف عن طريق السلطة العامة فى الدولة

٢ـ أن تفرغ هذه القواعد القانونية فى صور كتابية . فلا يعتد بما يدور من مناقشات شفوية حول موضوع ما مهما كانت درجة اهميته . وهذا هو ما يميز التشريع عن غيره من مصادر القانون الأخرى مثل العرف . فهى قواعد قانونية غير مكتوبة درج الأشخاص علي اتباعها فى سلوكهم فترة طويلة من الزمان حتى نشأ فى الاعتقاد لديهم أنها أصبحت قاعدة قانونية ملزمة .

٣ـ أن تصدر تلك القواعد عن السلطات المختصة بالتشريع . وتبادر فى عبارة وجيزه . أن يصدر التشريع من السلطة التشريعية فهى بحسب القاعدة العامة طبقا لمبدأ الفصل بين السلطات . هى وحدها المنوط بها التشريع . ولكن الوضع الخاص فى مصر .يخول المشرع الدستورى السلطة التنفيذية ممثلة فى رئيس الجمهورية فى اصدار قرارات بقوانين لها قوه القانون وحمايته ولكن فى أحوال معينه . كما خول المشرع الوزراء كل فى مجال اختصاص بإصدار اللوائح بأنواعها سواء كانت لوائح تنفيذية أو تنظيمية أو لوائح ضبط

خصائص التشريع :-

يقصد بخصائص التشريع مزاياه وعيوبه . وسوف نذكرها كما يلى .

أ ـ مزايا التشريع :

١ - يساعد التشريع على توحيد القوى الوطنيه . فهو من اصدار السلطة التشريعية وهى المجلس النيابى فى الدولة . وهذا المجلس يعبر عن رغبات الشعب . فهو الذى يختار أعضاء المجلس النيابى . وهؤلاء النواب هم الذين يحققون رغبات وأمانى الموطنين . فالقاعدة التشريعية التى تصدر بصورة عامة . ويتساوى جميع أفراد الشعب فى الاستفاده منها . وهذا هو خير تطبيق للتشريع .

٢ـ سهولة وصفه وتعديله أو الغاءه :

لما كان التشريع هو الأداة الفعالة التى تعبر عن نبض الحياة فى المجتمع . وتعبر أيضا عن حاجات أفراده . فإذا نشأت هذه الحاجات . فإن السلطة العليا المختصه تسعى إلي وضع تشريع ملائم . يعبر عن حاجات ورغبات المواطنين . وأبرز صوره على ذلك . عندما أهدرت المحكمة الدستورية العليا النصوص التشريعيه

الآمره فى قوانين إيجار الأماكن المتعاقبة . وهى ابتداء من القانون ١٢١ لسنة ١٩٤٧ المعدل بالقانون ٥٢ لسنة ١٩٩٩ المصرى بالقانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ . المعدل بالقانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون ٦ لسنة ١٩٩٧ المعدل بالقانون ١٤ لسنة ٢٠٠١ فعندما ضج ملاك العقارات القديمه من ضألة القيمة الايجارية للأماكن المؤجرة لغير السكنى . فتدخل المشرع وعبر عن رغبات هؤلاء . وسن قانونا لزيادة هذه القيمة بنسب معينة مراعاة لقدم العقارات حتى أحدثها . منذ عام ١٩٤٤ حتى تاريخ وضع القانون . ولولا التشريع وسرعة وضعه . فما كانت هذه الأمانى تحققت . كما أن التشريع سهل التعديل وكذلك الإلغاء . فعندما تبدو الحاجة غير ملحة أو ضرورية . فإن المشرع يتدخل ويعدل التشريع فى أيام قليلة ولايحتاج إلي مدة طويلة وصوره ذلك صدور القانون ٩٦ لسنة ١٩٩٢ في شأن الغاء القانون ١٧٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن الإصلاح الزراعى.

٣ـ صدور التشريع فى صورة معلنة فى الجريدة الرسمية يسهل الرجوع اليه للتعرف على أحكامه والاستفاده منها . على خلاف العرف . فهو غير مكتوب وصعب الاثبات عند اللجوء إلى احكامه . كما أن الفاظ التشريع واضحة ومحددة . فهو يسهل أمام المخاطبين بأحكامه فى تفسير هذه القواعد القانونية . وهذا يؤدى أيضا إلى إستقرار المعاملات فى المجتمع .

عيوب التشريع :.

لايوجد عمل تشريعى يصل إلى درجة الكمال . فطالما كان داخلا فى عمل البشر . فلابد أن يكون به عيب . لأن الكمال للخالق سبحانه وحده . ينفرد بالوحدانية والكمال ومن ثم . فإن التشريع كما أفصح عن العديد من المزايا . فإن له الكثير من العيوب نذكر منها .

١ـ إنه من عيوب التشريع أنه لا يعكس التلقائية الإجتماعية فى تكوين القاعدة القانونية [1] فالسلطة المختصة هى التى تفرض هذه القواعد القانونية . وما على الأفراد سوى الإنصياع لحكمها

٢ـ تأتي القاعدة التشريعية معبرة عن رغبة وحاجات الأفراد فى وقت معين وزمن معين . فإذا ما تغيرت الحاجات والأزمان . فإن التشريع يقف حائلا أمام الأفراد . فهو قاعدة قانونية جامدة غير متطورة لاتعبر عن حاجات الأفراد فى المجتمع .

رأينا الخاص فى الموضوع :

إذا ما أمعنا النظر فى مزايا التشريع نجد أنها ترجح على عيوبه . والدليل على ذلك . أن هذه العيوب . هى عيوب نظرية فقط

---

(١) أنظر د/ حمدى عبدالرحمن أحمد السابق ص ١٤٣.

. ولاتعبر عن الواقعية كما ذهب البعض [١] . ويمكن التغلب عليها بالقول . أن السلطة العامة المختصة بالتشريع هى مجلس الشعب . وهذا المجلس يشكل أغلبية الأعضاء من الأعضاء المنتخبين من أفراد الوطن . ولاشك أن ولائهم للشعب لا ينفصل عن كونهم أعضاء فى هذه السلطة التشريعيه .فهم أبناء الوطن ويعيشون على أرضه . ويتمتعون بنعمه . فليس هناك أدنى شك فى إخلاصهم فى عملهم التشريع . ومن ثم إذا تغيرت الظروف فالمجلس ليس دائم التشكيل فهو يشكل لدورات متتالية بصفة دائمة . ومن ثم فلا خوف من السلطة التشريعية وأعضائها . ولاخوف من التشريع بما يفرضه من الحقوق والالتزامات . فإذا ما تغيرت الأزمان والحاجات . فإن التشريع سوف يواكب ذلك التطور المتلاحق دائما . وهذا واضح من الدر التشريعى الذى يقوم به مجلس الشعب حاليا فى دوراته التشريعية والكم الهائل من التشريعات التى يتولى القيام بها .

---

(١) أنظر د/ أبو زيد عبدالباقى مصطفى السابق ص ٨٨ - ٨٩.

الفرع الثانى

انواع وإصدار التشريع

والسلطة المختصة به

١- انواع التشريع والسلطة الختصة به :

يمكن القول أن التشريع المصرى ثلاثة أنواع . وهى التشريع الأساسى - التشريع العادى - التشريع الفرعى . ويقصد بالتشريع الأساسى الدستور المصرى الدائم الصادر فى عام ١٩٧١ . ويعتبر الدستور هو القانون الوضعى الأسمي . طبقا لقاعدة تدرج التشريعات . فهو يأتي على رأس هذه التشريعات الثلاثة . والقواعد الدستورية تحدد نظام الحكم فى الدولة والسلطات العامة وعلاقاتها بالأشخاص . وتنظم حقوق وحريات الأفراد العامة (١) والدستور نوعان . إما دستور جامد أو دستور مرن . ويقصد بالأول أنه يوجد في الدولة التى تأخذ بنظام تدرج التشريعات . حيث يقع الدستور على رأسها جميعا . فلا يمكن تعديله عن طريق السلطة التشريع . بل يحتاج إلى قواعد

---

(١) أنظر د/ رمزى الشاعر القانون الدستورى عام ١٩٩٢ ص ١٢١ ، فؤاد العطار القانون الدستورى عام ١٩٧٣ فقرة ٦٧ . عبدالمعظيم عبدالسلام القانون الدستورى عام ١٩٩٩ ص ٩٢.

خاصة ويقصد بالدستور المرن . أى الذى يتضمن قواعد تعديله عن طريق التشريع العادى . أى يكون فى دولة لاتأخذ بمبدأ تدرج التشريعات . ويوضع الدستور إما عن طريق أن يكون منحة من الحاكم . أو بطريق العقد المباشر بين الحاكم وممثلى الشعب . وإما أن يكون عن طريق جمعية تأسيسية منتخبه أو بطريق الاستفتاء العام . ومثل الدستورى المصرى فى ١٩٢٣ كان منحة من الملك فاروق الأول ثم ألغى وحل محله دستور عام ١٩٥٦ الذى وضع بطريق الاستفتاء الشعبى . ثم دستور ١٩٦٤ وهو دستور مؤقت بقرار من رئيس الجمهورية . ثم الدستورى المصرى الدائم ١٩٧١ . حيث تم عن طريق الاستفتاء العام . وسبق موافقة مجلس الشعب عليه قبل هذا الاستفتاء .

وبعد وضع الدستور وتطبيقه . ربما يحدث أمور لها ضرورة ملحه . فيقتضى الأمر تعديل الدستور . فيتوقف التعديل علي نوع الدستور هل هو دستور جامد أم مرن والواقع أن تعديل الدستور أو تغييره لا يقع إلا في حالتين هما : عندما يحدث انقلاب فى نظام الحكم فى الدولة . أو عندما ينهار كيان الدولة . كما هو الحال فى إنهيار دولة فلسطين . ثم العودة مرة أخرى إلي إعلان الدستور فى

الدولة ولكن يثور التساؤل . كيف يصبح الدستور نافذا ؟ . هل لابد من نشره فى الجريدة الرسمية واصداره من السلطة التنفيذية . والإجابة بالقطع طالما أن الدستور نابعا عن الاستفتاء الشعبى . فلا دخل للسلطة التنفيذية فى اصداره ونشره ولكن المشرع الدستورى في المادة ١٩٣ من دستور جمهورية مصر العربية الدائم الصادر في عام ١٩٧١ جاء نصها « يعمل بهذا الدستور من تاريخ إعلان موافقه الشعب عليه فى الاستفتاء» .وكما يعبر البعض عن هذا النص (١) أن نص المادة ١٩٣ سالف البيان لهو خير دليل على البعد عن شروط نفاذ الدستور . ولقد أنشأ المشرع المصرى المحكمة الدستورية العليا بموجب أحكام القانون ٨١ لسنة ١٩٦٩ . وكانت تسمى بالمحكمة العليا بموجب أحكام هذا القانون . ثم صدر القانون ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بتشكيل المحكمة الدستوريه العليا وجاء نص المادة ٢٧ من هذا القانون الأخير وخول تلك المحكمة القضاء بعدم دستوريه القوانين المخالفة للدستور . وتطبق الأحكام الصادرة بعدم الدستوريه من اليوم التالى لتاريخ النشر إلا إذا تضمنت عدم دستورية قانون يتعلق بالضرائب والمواد الجنائية [١] .

(١) أنظر نص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا بعد تعديلها بالقرار ١٦٨ لسنة ٢٠٠٠ ونرى أن هذا القرار الأخير غير دستورى لصدوره فى غير الأحوال المصرح بها قانونا.

ونشاهد في هذه الآونة الحديثة ونحن على مشارف الألفية الثالثة . عصر النهضة الدستورية . وكانت على يد رئيسها المستشار الدكتور / عوض المر . ثم تابعه المستشار الدكتور / فتحى نجيب . وهى أحكام لاتعد تحت حصر . بل أمعنت المحكمة في صيانة حقوق الأفراد كما نقلها الدستور المصرى الدائم الصادر فى عام ١٩٧١ ولكن هناك بعض الأحكام الصادرة من هذه المحكمة مثل الحكم الصادر في الدعوى رقم ١٤٤ لسنة ٢٠ ق فى ٢٠٠/٣/٤ والخاص بعدم دستورية نص المادة ١/١٩ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ . فقد جانب الصواب هذه المحكمة فى إصداره . وقد عرضنا لهذا القضاء فى تحليل قانونى يقع فى مائه صفحة لايزيد عن ذلك وعلقنا بكل الأبعاد القانونية علي هذا القضاء حسبما رأينا ذلك . أما التشريع العادى . فيقصد به مجموعة القوانين التي تصدر عن مجلس الشعب باعتباره صاحب الولاية العامة . وممثلاً للسلطة التشريعية . وسوف نتولى فيما بعد تفصيل إصدار هذا التشريع حيث يمر بمراحل عدة . هى مرحلة الاقتراح والمناقشه والتصويت . ثم العرض علي رئيس الجمهورية . ثم الاصدار والنشر والنفاذ ولايقتصر الأمر علي مجلس الشعب فى وضع قواعد التشريع العادي . بل خول المشرع المصرى رئيس الجمهورية في المادتين ١٠٨ ، ١٤٧ من

الدستورى المصرى فى **١٩٧١** حق وضع القوانين فى حالة التفويض بذلك وحالة الضرورة . أما عن اللوائح مثل لوائح الضبط والتنظمية والتنفيذية . فهى تصدر من السلطة التنفيذية . عن طريق رئيس الدولة بالتفويض للوزراء كل فى مجال اختصاصه . فى أحوال معينه للتفويض . سوف نتولى الحديث عنها تفصيلا فيما بعد .

٢ـ اصدار التشريع

أ ـ إصدار التشريع الدستورى :ـ

لقد تناولنا سلفا الحديث عن كيفية وضع هذا الدستور وتعديله ونفاذه ولاداعى للتكرار منعا من الحشو والتزيد فيما لاطائلة من ورائه .

ب ـ إصدار التشريع العادي :ـ

عندما ننظر إلي التشريع العادى يجب الوقوف على المراحل التي يمر بها حتى يصل الينا في صورته المطبقة حاليا . ويمكن حصر هذه المراحل فى خمس مراحل هى : ـ الاقتراح ـ المنافشة ـ العرض على رئيس الجمهورية ـ الإصدار والنشر ونفاذ القانون . وسوف نتولى تفصيل كل مرحلة علي حدة على النحو التالى :

أولاً : ـ " مرحلة الإقتراح " :

أجاز المشرع حق الاقتراح للقوانين فى عجز المادة ١٠٩ من الدستور الدائم الصادر فى عام ١٩٧١ والتى جاء نصها « يجوز لرئيس الجمهورية ولكل عضو من أعضاء مجلس الشعب حق إقتراح القوانين » ويفهم من هذا النص آنف البيان أن حق الاقتراح لرئيس الدولة وكل عضو من أعضاء المجلس النيابي التشريعي . فإذا كان الاقتراح من السلطة التنفيذية ممثله فى الحكومة . فإن هذا الاقتراح يحال إلي إحدى لجان المجلس تمهيداً لفحص الاقتراح وتقديم تقرير عنه . أما إذا كان الاقتراح من أحد الأعضاء فإنه يحال إلى إحدى اللجان المتخصصة لدراسته وفحصه . ويحال بعد ذلك إلى مجلس الشعب . فإذا رأى المجلس أن هذا الاقتراح جدير بالنظر فإنه يحيله إلي اللجنة التشريعية . ثم تفحص هذه اللجنة ذلك الاقتراح . وتقدم تقرير عنه إلي المجلس من حيث المبدأ . والغرض من إحالة هذه الإقتراحات كما يري أستاذنا الدكتور / حمدى عبد الرحمن [(١)] إلى اللجان المتخصصة هو توخى الجدة في الفحص . حيث تشكل هذه اللجنة الخاصة من ذوى الخبرة العميقة فى مجال التشريع

---

(١) أنظر د/ حمدى عبدالرحمن أحمد السابق ص ١٤٤.

والتخصصات الفنية عاليه الكفاءة ومن ثم وهى تعد تقارير عن هذه الاقتراحات فإنها تقدم أفضل صورة لمشروعات القوانين .وهي تمثل طريق الفوز الواضح أمام سلطة التشريع . فلا شك أن هذا الفحص السابق وابداء الرأى فى مشروع القانون . فإن ذلك يساعد المجلس فى صياغة قانون صحيح ناجح وفاعل مؤدى لدوره الأساسى .

ثانيا:. المناقشة والتصويت :.

هذه المرحلة تتم في صورتين .الأولي . وهى المناقشة ويقصد بها أخذ الرأى على مشروع القانون مادة تلو الأخرى . وهذا اجراء وجوبى على أعضاء المجلس . فيطرح المشروع على الأعضاء . ويتم عرض المادة الأولى ثم ما يليها حتى آخر المشروع . وللمجلس أن يجرى التعديلات الواجبة على مشروع القانون الذى يقدم اليه . ولا يتقيد بما ورد فى تقارير اللجان الخاصة . ماعدا مشروع الميزانية العامة للدولة . لا يجوز للمجلس تعديلها إلا بموافقة الحكومة . وتأتى بعد ذلك مرحلة التصويت . أى بعد الدراسة الوافيه لمواد المشروع . يعرض أمر الموافقة أوعدم الموافقة . ولايجوز للمجلس أن يصدر قرارات إلا بأغلبية الأعضاء الحاضرين . وتصدر بموافقة الأغلبية المطلقة للحاضرين وعند التساوى يعتبر الموضوع الذى جرى

بشأنه المداولة مرفوضا . وتتم الموافقه على مشروع القانون بحصوله علي الأغلبية المطلقة للحاضرين . واذا رفض المجلس مشروع القانون المقدم من الحكومة . يجوز للحكومة أن تعيد عرضه أثناء الدورة البرلمانية . أما إذا كان المشروع مقدما من أحد أعضاءه . فإنه لايجوز عرضه في ذات دوره الانعقاد مرة أخري . ومما هو جدير بالذكر كما يذكر أستاذنا الفاضل الدكتور / حسام الأهواني [١] أن التصويت على القانون القانون لايتم مرة واحدة علي المشروع . بل يوخذ التصويت على كل مادة علي حدة . ثم يتلى التصويت علي مشروع القانون كله يعد ذلك .

ثالثا :- مرحلة العرض على رئيس الجمهورية : « تصديق رئيس الجمهورية » .

أوجب الدستورى الصادر فى عام ١٩٧١ الدائم في المادة ١/٨١٣ « يجب عرض القانون بعد موافقه مجلس الشعب على رئيس الجمهورية للتصديق عليه . ولرئيس الجمهورية حق الاعتراض على القانون ورده إلى مجلس الشعب لإقراره مرة أخرى خلال ثلاثين يوما من تاريخ إرسال مجلس الشعب اليه . فإذا مضت هذه المدة ولم

---

(١) أنظر د/ حسام الأهوانى السابق ص ١١٠.

يعترض رئيس الجمهورية فإنه يصدر القانون ويعطى أمراً إلي السلطة التنفيذية بنشره لكى يصبح صالحا للتطبيق » .

فرض المشرع فى هذا النص نوع من الرقابة السياسية لرئيس الجمهورية على السلطة التشريعية وهذه الرقابة تتضح فى سلطة رئيس الدولة فى الإعتراض على القانون الذي وافق عليه مجلس الشعب . ونظم لهذا الاعتراض مهلة زمنيه وهى ميعاد ثلاثين يوما تحسب من تاريخ ابلاغ مجلس الشعب لرئيس الدولة بالقانون . فإذا مضت هذه المهلة الزمنية . فإن حق رئيس الدولة فى عدم التصديق والاعراض على القانون يسقط . بل عليه أن يصدر أوامره إلي السلطة التنفيذية لنشر القانون ولكن اذا استخدم رئيس الدولة حق الاعتراض . فيجب عليه رد القانون مرة أخرى إلى مجلس الشعب لإقراره . فإذا وافق عليه مجلس الشعب بأغلبية ثلثى الأعضاء للمجلس . أى أغلبية خاصة . وليس أغلبية الحاضرين . فإن القانون يصبح نافذاً ولايحق لرئيس الدولة استخدام هذه السلطة . وهذا يبرز أن المشرع المصرى لم يجعل زمام الأمور ليس فى يد رئيس الدولة وإنما فى يد السلطة التشريعية فقط . فهو بذلك رد اليها اختصاصها الأصيل.

رابعا :- الإصدار والنشر :-

أفصح المشرع فى المادة ١١٢ من الدستور « ببصم هذا القانون بخاتم الدولة ويعمل به باعتباره قانونا من قوانينها وعلى الوزراء المختصين تنفيذه كل فى حدود اختصاصه . وينشر فى الجريدة الرسمية » .

وجاء نص المادة ١٨٨ من الدستور « تنشر القوانين فى الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصدارها ويعمل به بعد شهر من اليوم التالى لتاريخ النشر إلا إذا حددت لذلك ميعاد آخر » .

من هذا السياق التشريعى سالف الذكر . تستطيع أن نستخلص أن عملية إصدار القوانين هى عمل تنفيذى منوط برئيس الجمهورية باعتباره رئيسا للسلطة التنفيذية وهذه العملية تنبىء عن وجود ميلاد جديد للتشريع الذى صدر . كما أنه تنبيه السلطة التنفيذية بوجوب تطبيق القانون الجديد على الخاضعين لأحكامه ويعطى لكل قانون يصدر رقما . لأنه يصدر العديد من القوانين فى خلال العام الواحد ويذيل القانون بتاريخين . التاريخ الهجرى والتاريخ الميلادى . وسبب هذين التاريخين منع اللبس بين القوانين [١] . وعملية اصدار

(١) أنظر د/ جلال ابراهيم نظرية القانون ١٩٩٦/١٩٩٧ ص ١٠٨.

القوانين قاصرة على القوانين العادية الدستورية فقط . لأن تشريعات اللوائح أو التشريعات الفرعية من صنع السلطة التنفيذية وهى التي تسن القانون وتصدر القانون معا . ولم يضع المشرع مدة معينه يتم خلال اصدار القوانين من رئيس الجمهورية . وبالتالى لاغبار على رئيس الجمهورية إن تأخر فى عملية الإصدار [١] . ولكن لا يصبح القانون نافذاً بعد عملية الاصدار . بل لابد من نشره فى الجريدة الرسمية وفوات مدة شهر ويعمل به كقاعدة عامة من اليوم التالى لتاريخ هذا النشر . إلا إذا حدد المشرع ميعاد آخر [٢] . وبعد مضى هذه المهلة الزمنية . يصبح القانون نافذاً ومطبقاً على جميع الأشخاص فى الدولة . أى أن المشرع إفترض علم المخاطبين بأحكام القانون بمجرد مضى هذه المهلة الزمنية بعد النشر . فهناك قرينة قانونية علي علم الأفراد بأحكام التشريع أى لايجوز للأفراد التذرع بالجهل بالقانون . وهو أثر مترتب على النشر وفوات الميعاد المحدد سلفا . ومن هنا تظهر أهمية قاعدة « عدم جواز الإعتذار بالجهل

---

(١) أنظر د/ جلال ابراهيم نظرية القانون ١٩٩٦/١٩٩٧ ص ١٠٦ هامش ١ .أن تأخير رئيس الجمهورية فى عملية الاصدار يعد تعطيلا لتنفيذ القانون ويوجب المسئولية الدستورية أمام مجلس العشب .

(٢) أنظر القانون ٩٦ لسنة ١٩٩٢ الخاص بإلغاء العلاقات الايجارية فى قانون الاصلاح الزراعى ورقم صدوره فى عام ١٩٩٢ جعله المشرع ناقداً منذ عام ١٩٩٧ أى بعد خمس سنوات من تاريخ النشر.

بالقانون » فى مجال التطبيق الواقعى . ونظراً لأهميتها سوف تعرض لها بشىء من التفصيل الوافى . كما يلى : . ماهية القاعدة وميرراتها ـ ونطاق تطبيقها ـ والاستثناء على القاعدة .

أ ـ ماهية القاعدة وميرراتها :.

يقصد بقاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون افتراض علم الكافه بالقانون وأنه واجب التطبيق حتى ولو لم يكن يعلم به وأثبت ذلك بطريقه أكيده . فالأجنبى الذى يقيم على اقليم الدولة خاضع لقانونها . والمسافر إلى الخارج ولو عاد خاضع لقانون الدولة . والمريض والغائب خاضع لقانون الدولة رغم عدم علمهم بالقانون . ومن هنا ذهب البعض [1] إلى أن العلم بالقانون ليس شرطا لتطبيقه والجهل به ولايمنع من انطباقه .فالشخص الجاهل بالقراءة والكتابة خاضع للقانون رغم استحالة علمه به . والسبب فى وضع هذه القرينة القانونية القاطعة هو استقرار المراكز القانونية والمعاملات . فنشر القانون ومضى المهلة الزمنية وتوزيع الجريدة الرسمية قرينة قاطعة على افتراض العلم بالقانون مهما كانت الأسباب . وكما يذهب البعض[2] فإن علمهم بالقانون ليس شرطا لتطبيقه علمهم . ولكن

---

(١) أنظر د. منصور مصطفى منصور المدخل لدراسة القانون ص ٢١٧.
(٢) أنظر د/ جلال ابراهيم السابق ص ١٢٤.

يثور التساؤل ما المقصود بالقرينة أو الحيله القانونية ؟ . ذهب البعض [١] إلي أنه يقصد بالقرينة القانونية . أنها إفتراض قانونى يجعل من الشىء المحتمل أو الغائب شيئا صحيحا . أما الحيلة القانونية فهى تجعل من الشىء غير الصحيح صحيحا . ومؤدى هذه القرينة أو الحيلة القانون « إفتراض علم الكافة بالقانون » . ويذهب البعض إلى قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون تجد أساسها ليس فى القرينة القانونية كما سبق القول ولكن تجد أساسها فى ضرورات إجتماعية اقتضاها تحقيق العدل والمساواة بين الناس تحقيقا للإستقرار والأمن فى المجتمع .

مبررات القاعدة :.

رغم الظلم الواضح الذى يلحق أصحاب المصالح الخاصة بالتذرع بالجهل بالقانون . كوسيلة لعدم تطبيقه والإفلات من أحكام التشريع . بإدعاء عدم العلم بالقانون . فإن هذه المصالح الخاصة يجب أن تندثر أمام الصالح العام . ولذلك نرى أن القاعدة افتراض علم الكافة بالقانون لها ما يبررها كما يلى .

---

(١) أنظر د/ سمير عبدالسيد تناغو السابق ص ٥٩٨

(٢) أنظر د/ أو زيد عبدالباقى السابق ص ١٠٢.

١ـ أن الأخذ بالقاعدة يؤكد عمومية القاعدة القانونية بصفة عامة . ويؤكد عنصر الإلزام والجبر لها . فلا يستطيع الخارج عن القانون الإدعاء بالجهل به للافلات من الجزاء الذى ينتظره .

٢ـ إن استقرار المعاملات داخل المجتمع وهو ضرورة لاغنى عنها لكفالة احترام القانون يؤكد بالإعتراف بالقاعدة . فلو فتح باب التذرع بالجهل بالقانون على مصراعيه . لفتح باب المخالفة للقانون من أوسع الأبواب . فالمشرع أخذ بتلك القاعدة وضحى بمصالح الأفراد الخاصة حماية للثقة فى المعاملات وذلك رغم قوة النتائج التى تترتب عليها

نطاق القاعدة :.

ذهب غالبية الفقه إلى أن قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون . تتسم بالعمومية . أى تتطبق على جميع القوانين سواء كانت تشريعات أساسية أم عادية فرعية أو أى مصدر من مصادر القانون . العرف أو قواعد الدين أو مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة ويذهب البعض [١] إلى أن دراسة هذه القاعدة فى صلب نفاذ التشريع العادى ليس الا لأن التشريع هو المصدر الأكثر شيوعا

(١) أنظر د/ جلال ابراهيم السابق ص ١٢٢.

للقواعد القانونية ونعترض على هذا القول بصراحة واضحة . لأن القرينة القانونية أو الحيلة القانونية التى ابتدعها المشرع لمواجهة حالات الجهل بالقانون للافلات من أحكام التشريع . لاتسرى إلا على القوانين التي تنشر فقط . فنرى أن القاعدة العرفية غير مدونه وغير مكتوبة ولم تنشر فى الجريدة الرسمية . فهل يفترض العلم بها ولايكون هناك مجال لتطبيق قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون . ويبالغ الفقه فى إسباغ عمومية هذه القاعدة على جميع القواعد القانونية سواء كانت آمرة أم مكملة كما تسرى على جميع المواطنين المقيمون على اقليم الدولة حكاما ومحكومين (١) ويخاطب بها كافة السلطات فى داخل الدولة . كما يخضع لها الأجانب المقيمون على اقليم الدولة كما يلتزم بها كافة الأشخاص حتى ولو كانوا ناقصوا الأهلية . أو فاقدين لها .

استثناءات على القاعدة : .

من خلال استعراض أحكام القضاء وأراء الفقه . أمكننا الوقوف

---

(١) أنظر نقض مدنى ١٩٦٣/٧/١٧ الذى أورد تحفظ على القرارات الإدارية التنظيمية بنفاذها فى مواجهة الإدارة إذ أنها تسرى من تاريخ صدورها حتى ولو لم تنشر فيالجريدة الرسمية هذا الحكم منشور فى مجلية هيئة قضايا الحكومة عام ١٩٧٧ ص ١٦٥ العدد الرابع .

على بعض الاستثناءات على قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون . وهى استثناءات بعضها حقيقى والآخر ظاهرى . فما هى الإستثناءات الحقيقية وماهى هذه الإستثناءات الظاهرية ؟

أ ـ الإستثناء الحقيقي على القاعدة : . [حالة الضرورة] .

الذى دعانا إلي نعت هذا الاستثناء بالاستثناء الحقيقى دون ماغيره من الاستثناءات التى سوف نعرض لها . أن العلم المفترض بالقانون منعدم تماما فى هذه الحالة . وأنه من مجافاة العدالة افتراض العلم رغم استحالة العلم الفعلى بالقانون . فحالة الضرورة كما عرفها البعض (١) أنها أمر لايمكن توقع حدوثه ولايمكن دفعه ويؤدى إلى استحالة تنفيذ الإلتزام . ومثال ذلك . القوة الظاهرة فى حالة نشوب حرب على اقليم الدولة أو حدوث زلزال أو فيضان أو انتشار وباء . فكل ما يتعلق بالقوة القاهرة التى تحول بين امكان افتراض العلم بالتشريع إذا ثبت ذلك . فإن هذا من شأنه أن يؤدى إلى عدم إنطباق القانون عليه . لعدم توافر العلم . ونرى مع البعض أن هذا الاستثناء قاصر على القاعدة القانونية الناتجة عن التشريع والقوة القاهرة عارض يحدث للإنسان أو للأفراد فعندما تزول هذه

---

(١) أنظر د. جلال ابراهيم السابق ص ١٣٣-١٣٤.

القوة القاهرة يزول مبرر انعدام العلم بأحكام القانون . لأن الضرورة تقدر بقدرها . وقد أكدت محكمة النقض المصرية فى أحد أحكامها[١] « أنه لا يقبل من أحد الاعتذار بجهله أو اثبات أن ظروفه الخاصة قد حالت دون علمه الفعلى وإنما يقبل فقط العذر بالجهل بالقانون إذا حالت القوة القاهرة دون دخول الجريمة الرسمية بتاتا إلي منطقة من مناطق الجمهورية » .

ب ـ الاستثناءات الظاهرية : .

وهى تنحصر فى ثلاث استثناءات هى : .

١ـ عدم توزيع الجريدة الرسمية ٢ـ الغلط فى القانون ـ الجهل بالقوانين غير العقابية وسوف نتولى شرح هذه الاستثناءات على النحو التالى :

١ ـ عدم توزيع الجريدة الرسمية :

ثار التساؤل . هل يكفى مجرد نشر القانون في الجريدة الرسمية أم يتعين ثبوت التوزيع الفعلى لها . ؟

أجاب البعض[٢] فى الفقه أن المشرع الدستورى فى دستور عام

---

(١) أنظر نقض مدنى ١٩٦٥/٤/٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦٠ ص ٤٦٧.
(٢) أنظر د/ سمير تناغو السابق ص ٣١٥.

١٩٧١ قد أوجب نشر القوانين فى الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم اصدارها ويعمل بها بعد شهر من اليوم التالى لتاريخ نشرها إلا إذا حددت لذلك ميعاد آخر » . ولكن لا يتحول النشر فى الجريدة الرسمية إلى وسيلة صورية للإعلان وافترض العلم الكافى بالقانون . ومن هنا يتعين أن تطبع من هذه الجريدة الرسمية أعداد كافية لكل من يرغب فى شرائها . وأن يوزع بالفعل فى جميع أنحاء الدولة ويضيف إلى أنه فى الواقع التطبيقى . قد يتأخر ظهور هذه الجريدة الرسمية . وبالتالى يتأخر التوزيع الفعلي لها عن التاريخ المطبوع عليها .فالمعول عليه هو التاريخ الفعلى للتوزيع . وقضت محكمة النقض المصرية فى أحد أحكامها [١]. « أن علم الكافة بالإجراءات التي أوجبها ذلك القانون مرهون بعدم قيام أسباب تحول حتما دون قيام هذا الافتراض . فإذا كان الطاعن قد تمسك باستحالة العلم بالقانون واجب التطبيق . حيث أن الجريدة الرسمية التى نشر فيها هذا وإن كانت قد طبق فى ١٩٥٣/٥/٢٨ . إلا أنها لم توزع وتنشر بالفعل إلابعد تقديم صحيفة الطعن أمام محكمة الأستئناف . وحيث أن محكمة الإستئناف قد أعقلت الرد على هذا الدفاع . فإن الحكم يكون مشوبا بالقصور واجب النقض .» ومن خلال هذا السياق الفقهى

(١) أنظر نقض مدنى ٢٤ يونيه ١٩٥٨ مجموعة المكتب الفنى السنة ٩ ص ٦٣٩.

والقضائى يمكن القول أن عدم توزيع الجريدة الرسمية فى كل أنحاء الدولة . يعتبر مانعا من افتراض قرينة العلم بالنشر حتى يمكن القول بتطبيق قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون .

٢ـ الغلط فى القانون .

يقصد بالغلط عموما أنه وهم يقوم فى ذهن الشخص . فيصور له الأمر على غير الحقيقة[١] والغلط بعد عيبا من عيوب الارادة . ويجبر لمن وقع فيه طلب ابطال العقد . ويعتبر الغلط جوهريا إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد على ابرام العقد لولم يقع فى هذا الغلط [٢] . والغلط نوعان اما غلط فى الواقع أى ينصب على الشىء محل التعاقد . كمن يشترى ساعة من الذهب ثم يتضح فيما بعد أنها من النحاس أو أن يكون غلط فى القانون . كمن يرث تركة ويبيع نصيبه بمقدار النصف فى التركة مثلا . ثم يتضح فيما بعد أنه يرث الربع أو يبيع نصيبه الربع فى حين أنه يرث النصف . فهنا يكون الشخص قد وقع فى غلط سواء في الواقع أو القانون . فيحق له فى الحالة الأولى كما أورد نص المادة ١٢٠ مدنى « ...

---

(١) أنظر للمؤلف مصادر الإلتزام عام ١٩٩٩ ص ٢٢٠ ، حمدى عبدالرحمن مصادر الإلتزام عام ٢٠٠١ ص ١١٤ . أبو زيد عبدالباقى السابق .

(٢) أنظر المادة ١٢١ مدنى مصرى .

إذا وقع المتعاقد فى غلط جوهرى جاز له أن يطلب ابطال العقد .....
الخ النص » وفى الحالة الثانية يحق له ابطال البيع بالمطالبة بتطبيق القاعدة القانونية الصحيحة . التي تخوله البيع لنصيبه الصحيح بالفعل . حيث أن الغلط فى القانون كما يرى البعض [١] هو فى الواقع جهلا بالقاعدة القانونية . وبالتالى فإن الغلط فى القانون . يعد استثناء علي قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون . ولكن اعترض [٢] البعض على ذلك التحليل سالف الذكر . ويرى أن الغلط فى القانون لايعد إستثناء على قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون . وإنما هو التمسك بتطبيق القاعدة القانونية الصحيحة . ذلك أن من يتمسك بالغلط فى القانون وإن كان لايهدف إلى الخروج من أحكام الميراث فى المثال السابق ذكره . إلا أنه يهدف إلي الماس بمبدأ الإلزام للعقد . ولايمكن الفصل بين القانون والعقد . فالإفلات من حكم القانون لا يتحقق فقط والإفلات من القاعدة التي تعلق بها الغلط . بل تتحقق بالإفلات من أية قاعدة غيرها . طالما أن الغلط الذى تعلق بالقاعدة الأولى هو سبب الإفلات من تطبيق

---

(١) أنظر د/ أبو زيد عبدالباقى السابق ص ١٠٥.

(٢) أنظر د/ سمير تناغو السابق ص ٦٢٢.

االقاعدة الثانية . ويعلق أستاذنا الدكتور حمدى عبد الرحمن [١] . ولذلك فإن أى شخص يدعى غلطا فى القانون ويطلب بناء عليه إبطال الاتفاق يتعين أن يجاب إلى طلبه . مادام يتمسك بإعمال القاعدة القانونية الصحيحة . أما إذا كان الهدف هو استبعاد القاعدة القانونية . فإن الأمر لايجوز لأنه يمثل اعتذاراً بالجهل بالقانون

٣ـ الجهل بالقوانين غير العقابية :.

هل يعد الجهل بقانون غير عقابى سبب للتذرع بالجهل بالقانون؟ . أجابت على ذلك محكمة النقض المصرية فى أحد أحكامها [٢]« أنه يتعين التفرقة بين قانون العقوبات وغيره من القوانين فأقرت براءة متهمين فى جناية التزوير . وكانوا قد قرروا فى وثيقة الزواج الخلو الموانع الشرعية للزواج . فى حين كان المانع قائما . لأن الزوجة هى خالة الزوجة الأولى لنفس الزوج وقد يثبت جهل المتهمين بقواعد الشريعة الاسلامية التي تحرم الجمع بين المرأة وخالتها » . فقررت المحكمة أن جهلهم والحالة هذه لم يكن

---

(١) أنظر د/ حمدى عبدالرحمن السابق ص ٢١٨ .
(٢) أنظر نض جنائى ١٩٦٠/٣/١٥ السنة ١١ ص ٢٧٠ منشور فى الاعتذار بالجهل بالقانون المستشار محمود وجدى عبدالصمد عام ١٩٨٧ ص ٩٩٠.

عدم علمهم بقانون العقوبات بل جهلا بواقعة حال . وهى ركن من أركان جناية التزوير فى المحرر الرسمى بل الجهل انصب علي قانون الأحوال الشخصية . فهذا خليط مركب من جهل بالواقع وعدم العلم بقانون آخر ليس بقانون العقوبات . مما يجوز فى صدد المساءلة الجنائية . وقد اشترطت محكمة النقض لتطبيق هذا الجهل . أن يثبت المتهمين بالدليل القاطع أنهم تحروا هذا الاعتقاد ،أنهم يباشرون عملا مشروعا . ومن هذا يمكن القول أن القصد الجنائى صار منتفيا . وفى حكم اخر لها قضت (١) « أنه من المقرر أن الجهل بأحكام وقواعد قانون آخر غير العقوبات أو الخطأ فيه . وهو فى خصوص الدعوى خطأ فى فهم قواعد التنفيذ المدنية . يجعل الفعل المرتكب غير مشروع . فإذا كان الحكم قد التفت عن الرد علي ماتمسك به المتهم من عدم توافر القصد الجنائى لديه لأنه حين تصرف فى المحجوزات كان يعتقد زوال الحجز بعد الغاء أمر الأداء الذى وقع الحجز نفاذاً له . وهو دفاع جوهرى . فإنه يكون مشوبا بالقصور بما يوجب نقضه » .

---

(١) أنظر نقض جنائى ١٩٥٦/١٢/٢٥ مجموعة المكتب الفنى س ٧ ص ١٣٣١.

السلطة التنفيذية ووضع التشريع العادى

" استثناء على اختصاص السلطة التشريعية "

من خلال استعراض نصوص الدستور المصرى أمكننا الوقوف على حالات محددة على سبيل الحصر . يجوز فيها للسلطة التنفيذية ممثلة فى رئيس الجمهورية . تخول الرئيس إصدار تشريعات لها قوة القانون . ورغم ذلك . فإن الدستور حفاظا على توازن السلطة فى الدولة . وضع العديد من القيود والضمانات على هذه السلطة لاقامة توازن الديقراطية وهذه الحالات وردت فى النصوص : ٧٤ من الدستور المصرى الدائم والمادة ١٠٨ والمادة ١٧٤ من الدستور . الحالة الأولى : الحفاظ على سلامة الوحدة الوطنية للبلاد ، والحالة الثانية : تشريعات التفويض ، والحالة الثالثة : تشريعات الضرورة ، ولما كانت هذه الحالات هى العمود الفقرى للتشريع العادى الذى يصدر عن السلطة التنفيذية من ثم يتعين سردها تفصيلا على النحو التالى:

الحالة الأولى : الحفاظ على سلامة الوحدة الوطنية للبلاد :[1]

النص التشريعي الدستوري م ٧٤:

ورد هذا النص " لرئيس الجمهورية إذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية للبلاد أو الوطن أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستورى . أن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر . ويوجه بيانا للشعب ويجرى الإستفتاء على ما يتخذه من اجراءات خلال ستين يوما من اتخاذها :

هذا النص سالف البيان عندما نمعن النظر فيه . نجد أنه خول رئيس الجمهورية سلطة إصدار الإجراءات السريعة الفعالة لمقاومة أى خطر يهدم السلام الإجتماعى للوطن أو يعوق مؤسساته عن أداء الدور الدستورى المنوط بها . وقد وضع المشرع عدة قيود على ممارسة هذه السلطة الإستثنائية لرئيس السلطة التنفيذية وهى :

١ - وجود خطر يهدد سلامة الوحدة الوطنية للبلاد . مثل وجود حالة اعتداء مفاجئ على اقليم الدولة . أو ظهور جماعات مستهدفة

---

(١) مثال ذلك حوادث ١٨ ، ١٩ يناير ١٩٧٧ فاستخدام الرئيس أنور السادات الاجراءات الاستثنائية وأمر القوات المسلحة بالتدخل لقمع هذه الأحداث المخربة .

تعكر صفو المؤسسات الدستورية وتمنعها من أداء المهمة الدستورية لها . ورئيس الجمهورية وحده وبالسلطة الجوازية المطلقة تحديد حجم هذا ضد الخطر . فلم يشترط المشرع نوعا من الخطر يبيح لرئيس الجمهورية استخدام تلك السلطة . حيث اعترض البعض [١]، بأنه يتعين كما فعل المشرع الفرنسى فى المادة ١٦ من الدستور الفرنسى اشتراط كون الخطر جسيم وحال . غير أنى استبيح المنطق عذرا . وأرد على ذلك . أن المشرع فتح باب تقدير قيام الخطر لرئيس الجمهورية دون أية شروط فى الخطر . حتى يستطيع رئيس الدولة اتخاذ أية تدابير للحفاظ على السلام الاجتماعى للدولة . فما يراه الشخص العادى جسيما قد يكون بسيطا فى نظر رئيس الجمهورية . ونعتبر من جانبنا أن رئيس الجمهورية هو شخص معتدل على مر الزمان . فلم يثبت التاريخ أن أى رئيس جمهورية منذ عام ١٩٥٢ حتى عام ٢٠٠١ الحالى استخدم هذه السلطة تجاوزا.

٢ - توجيه بيان للشعب واجراء الاستفتاء عليه خلال ستين يوما من اتخاذ الاجراءات :

هذا الضمان الجوهرى قيد على الرئيس . فيتعين على الرئيس

---

(١) أنظر د/ حمدى عبدالرحمن السابق ص ١٧١.

فى حالة استخدام هذه السلطة حتى لا يقول الأمر بأنه اساءة استخدام السلطة . فأوجب المشرع الدستورى فى النص سالف البيان : على رئيس الجمهورية أن يوجه بيانا للشعب باعتباره مصدر السلطات . ثم يجرى الاستفتاء الشعبى علي هذا البيان . وهذا يدل على بعد التطبيق الكامل للديمقراطية . فالإستفتاء أسلوب ديمقراطى .

ويعلق أستاذنا الدكتور حمدى عبدالرحمن أحمد [١] على عجز النص " أن المادة ٧٤ من الدستور استخدم المشرع فيها مصطلح " الاجراءات السريعة " وهذه الاجراءات أدنى مرتبة من القانون . فكان حريا بالمشرع الدستورى ألا يعول على هذا النص . ويكتفى بما أورده فى المادتين ١٠٨ ، ١٤٧ وهى تشريعات التفويض وتشريعات الضرورة ولكن لامناص من أن النص يخول رئيس الجمهورية سلطة التشريع العادى بدلا من المجلس النيابى . ويمكن أن يصل الأمر الى إصدار رئيس الجمهورية بمقتضى المادة ٧٤ سالف الذكر قرارات بتعديل الدستور وهنا هو معقل الخطورة فى هذا النص . وعدم فعالية الضمانات المشار اليها . ولكننا نرى أنه طالما يعرض الأمر حتي ولو بتعديل الدستور على الاستفتاء العام . فإن الشعب إذا لم يوافق عليه . فإن القرارات والقوانين التي يصدرها رئيس الدولة تكون

(١) أنظر د/ حمدى عبدالرحمن أحمد السابق ص ١٧٢.

عديمة الجدوى لأن المشرع الدستورى . قيد نفاذ هذه القرارات والقوانين بالعرض على الاستفتاء العام على الشعب . فالأمر مرجعه الى الشعب . وهو السلطة العليا فى الدولة .

الحالة الثانية : تشريعات التفويض

النص التشريعى م ١٠٨ دستور :

" لرئيس الجمهورية عند الضرورة وفى الأحوال الإستثنائية وبناء على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثى أعضائه أن يصدر قرارات لها قوة القانون . ويجب أن يكون التفويض لمدة محددة . وأن تبين به موضوعات هذه القرارات والأسس التي تقوم عليها . ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب فى أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض . فإذا عرضت ولم يوافق المجلس عليها زال ما كان لها من قوة القانون ".

بإمعان النظر فى هذا السياق التشريعى نجد أن هناك دواعى لهذا النص . كما أن هناك قيود تشريعية على سلطة رئيس الجمهورية عند استخدامه لهذه الوسيلة فى سن التشريع العادى نعرضها كما يلى :

أ - دواعى تشريعات الضرورة :

ذهب الفقه الدستورى إلى القول أن هناك اعتبارات متعددة لفكرة التفويض تكمن فى الحفاظ على السرية اللازمة فى اتخاذ بعض القرارات المصيرية الحاسمة فى المسائل السياسية خاصة . وأن العلنية تفوت الغرض من إصدارها .

ولعل ذلك يبدو جليا فى قرار إعلان حالة الحرب على اسرائيل فى عام ١٩٧٣ . فأصدر رئيس الجمهورية قرار إعلان الحرب بموجب هذا التفويض . كما أن هناك من التشريعات التي تعد أكثر قوة . فيفضل إصدارها عن طريقة السلطة التنفيذية . وأيضا هناك بعض المسائل الفنية التي قد لا تتوافر لدى المجلس النيابى . لتحل السلطة التنفيذية محله فى سن التشريع . ويطلق على هذه التشريعات . القرارات التي لها قوة القانون .

ب - الضمانات التشريعية :

يمكن حصر هذه الضمانات التشريعية من النص ١٠٨ من الدستور كما يلى :

١ - وجود ظروف استثنائية تبرر التفويض . كما لو كان هناك

أزمة سياسية بين الدولة وغيرها من الدول الأخرى أو وضع الدولة فى حالة حرب . أو أزمة اقتصادية .

٢ - يتعين تحديد مدة التفويض تحديد مدة التفويض بالسنة والشهر وموضوعات هذا التفويض . وترجع العلة في هذا القيد . أن المشرع المصرى أراد ألا يسلب رقابة مجلس الشعب على هذه القوانين الصادرة بناء على التفويض المذكور . حيث أوجب المشرع عرض هذه القوانين على مجلس الشعب فى أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض . الأمر الذى يفترض ضمنا أن تكون مدة التفويض محددة بحيز زمنى معين .

٣ - أن تكون موضوعات التفويض محددة . أى يجب أن تكون الموضوعات التى يشملها توافق التفويض فى موضوع معين . مثل التعليم - التجارة - الجمارك - الأدوية - الجامعات بحيث إذا جاء موضوعها مجهلا غير محدد . فإن هذا القانون بالتفويض يكون غير دستورى .

ومن أمثلة ذلك قانون مذبحة القضاة رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ والصادر من رئيس الجمهورية الرئيس جمال عبدالناصر بإعادة تشكيل الهيئات القضائية . فإن هذا القانون لم يعرض على مجلس

الشعب بعد انتهاء مدة التفويض لإقراره . كما أنه خالف المواد ١٥٢ ، ١٥٦ ، ١٥٧ من دستور ١٩٦٤ والخاص بحصانة القضاة وعدم قابليتهم للعزل .

٤ - يجب أن يصدر التفويض من مجلس الشعب لرئيس الجمهورية بإصدار قوانين بالتفويض وذلك بأغلبية ثلثى الأعضاء للمجلس وليس ثلثى الحاضرين فقط ويفهم من هذا أن التفويض لابد أن يصدر فى حضور المجلس وليس فى غيبته . كما هو الحال فى تشريعات الضرورة على النحو الذى سوف نراه فيما بعد .

٥ - عرض القوانين الصادرة بناء على هذا التفويض على مجلس الشعب فى أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض . فإذا عرضت وأقرها كانت هذه القوانين نافذة وسارية وإذا لم تعرض أو عرضت ولم يقرها المجلس فيزول كل أثر لها . أى لا مجال لفكرة الأثر الرجعى هنا . فالزوال يقتصر على المستقبل فقط . وهنا لنا وقفه لو قصيرة. فإن الجزاء الوارد فى النص ١٠٨ سالف الذكر سوى بين عدم عرض القوانين على المجلس فى أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض والعرض ثم عدم الموافقة . وهذا يشجع رئيس الجمهورية على إصدار قرارت تجاوز السلطة . وعند زوالها . فإنها تزول بالنسبة للمستقبل

فقط . بعد أن تكون قد حققت أغراضها منذ صدورها فى الماضى.

وبالطبع إذا كانت مدة التفويض قصيرة . فإن العرض على المجلس بعد انتهاء مدة التفويض سوف يكون ضمانا فعالا . .. أما إذا كانت هذه المدة طويلة فلا جدوى من هذا العرض (١).

الحالة الثالثة : تشريعات الضرورة

النص التشريعى : م ١٤٧ دستور جمهورية مصر العربية عام ١٩٧١

" ... إذا حدث فى غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع فى إتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر قرارات تكون لها قوة القانون ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائما . وتعرض في أول اجتماع له فى حالة الحل أو وقف جلساته . فإذا لم تعرض زال بأثر رجعى ماكان لها من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك . وإذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون . إلا إذا رأى المجلس إعتماد

---

(١) أنظر د/ سمير تناغو السابق ص ٣٢٩ . جلال ابراهيم السابق ص ١٥١.

نفاذها فى الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر".

وبإمعان النظر فى ذلك النص المشار اليها سلفا نجد أن هناك دواعى وضمانات لتأكيد رقابة البرلمان على السلطة التنفيذية فى ممارسة اختصاص التشريع على خلاف الأصل مما دعانا الى الحديث عن هذه الدواعى والضمانات الواردة بهذا النص والتي سوف نذكرها كما يلي :

أ - دواعى تشريعات الضرورة :

لما كان المجلس النيابى (مجلس الشعب) هو المنوط به إصدار التشريعات العادية . وهذا المجلس ليس فى حالة انعقاد دائم فقد يكون فى حالة حل أو وقف أو كان فى عطلة بين أدوار الإنعقاد . وطرأ ما يدعو إلى اتخاذ مواجهة تدابير معينة . أو إصدار قرارات لها قوة القانون لوجود حالة ضرورة ملحة وعاجلة . فهنا يخول نص المادة ١٤٧ من الدستور رئيس الجمهورية فى إصدار قرارات لها قوة القانون . وحتى لا يسلب كل رقابة للمجلس النيابى . فإن هناك العديد من الضمانات وضعها المشرع لذلك سوف نذكرها حالا .

ب - **الضمانات القانونية لتشريعات الضرورة :**

من خلال استعرض نص المادة ١٤٧ دستور سالف الذكر نجد أن هناك العديد من الضمانات التشريعية هى :

١ - أن يكون مجلس الشعب غائبا أو فى حالة حل أو وقف أو عطلة بين أدوار الإنعقاد . ومن ثم فإذا كان المجلس منعقداً . فلا يجوز لرئيس الجمهورية إصدار قرارات بقوانين . وإلا تعتبر غير دستورية لمخالفة نص المادة ١٤٧ دستور سالف الذكر [١].

٢ - يجب أن تكون هذه التشريعات فى حدود الدستور . لأن القاعدة الأساسية مبدأ تدرج التشريعات والدستور هو أعلى درجة من التشريع العادى . وكذلك الحال أن هذه التشريعات تمارسها السلطة التنفيذية على سبيل الإستثناء . وهى سلطة بديلة للسلطة التشريعة . فلا يكون لها أكثر مما تملك السلطة التشريعية .

٣- عرض هذه التشريعات على مجلس الشعب خلال مهلة

---

(١) أنظر قرار رئيس الجمهورية رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ والخاص بتعديل نص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ والمشنور فى الجريدة الرسمية العدد ٢٨ مكرر فى ١١/٧/١٩٩٨.

زمنية قدرها المشرع بخمسة عشر يوما من تاريخ صدورها إذا كان المجلس فى حالة إنعقاد . أما إذا كان غائبا كما لو كان فى حالة حل أو وقف أو عطلة بين أدوار الانعقاد . فتعرض فى أول اجتماع له عند الانعقاد فإذا تم عرضها وأقرها فإنها تكون نافذة . وإذا عرضت ولم تقرأولم يتم عرضها مطلقا أو عرضت بعد إنتهاء المهلة الزمنية . فإن هذه التشريعات تزول كل آثار لها حتى بالنسبة للماضى . فالتشريع يكون باطلا . ولكن المشرع الدستورى فى الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ دستور سالف البيان . أجاز لمجلس الشعب إعتماد نفاذ هذه التشريعات فى الماضى أو إصلاح كل أثر ترتب على صدورها .

٤- وجود حالة ضرورة استثنائية وهذا هو ما عبر عنه المشرع الدستورى فى نص المادة ١٤٧ دستور " ما يوجب إتخاذ التدابير التى لا تحتمل التأخير " . وهذا المصطلح يكشف عن وجود حالة ضرورة استثنائية . ويترك تقديرها لرئيس الجمهورية المنوط به إصدار تشريعات الضرورة . وذهب البعض (١) إلى أنه يمكن القول عامة أن أى خطر جسيم أو حال يتطلب تصرفا حاسما وسريعا يمكن

---

(١) أنظر د/ حمدى عبدالرحمن السابق ص ١٦١.

أن يندرج تحت الضرورة الاستثنائية التى تخول رئيس الجمهورية هذه السلطة الاستثنائية .

ويعاب على المشرع أنه لم يحدد لمجلس الشعب مهلة زمنية عند عرض هذه التشريعات عليه لإقرارها . وهذا يؤدى إلى زعزعة فى المعاملات واختلال مؤقت للمراكز القانونية وهكذا فإن التشريعات الصادرة فى حالة الضرورة من رئيس الجمهورية تبقى قائمة إلى أن يقرر مجلس الشعب قبولها أو رفضها . فإذا وافق أصبحت سارية وإذا عارض فإنه يزول أثر لها مالم يقرر سريانها على الماضى .

جـ- إصدار التشريعات الفرعية :- " م ١٤٤ دستور اختصاص رئيس الجمهورية أو من يفوضه من الوزراء " يقصد بالتشريعات الفرعية . اللوائح التى تصدرها السلطة التنفيذية بموجب الإختصاص الأصيل المباشر لها وهى تتضمن قواعد عامة مجردة . ولكنها ليس كالتشريع العادى . فهى أدنى منه درجة . وكما سبق القول طبقا لقاعدة تدرج التشريعات فإن الدستور يكون على رأسها . ثم يليه التشريع العادى . ثم التشريعى الفرعى أو اللائحى . وهذه التشريعات الفرعية [اللوائح] تتضمن ثلاثة أنواع هى :- لوائح

تنفيذية . لوائح تنظيمية - لوائح ضبط .

وسوف نعرضها بالتفصيل كما يلى :

(١) اللوائح التنفيذية[١] :-

جاء النص عليها فى المادة ١٤٤ دستور " يصدر رئيس الجمهورية اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تفضيل لها أو إعفاء من تنفيذها . وله أن يفوض غيره فى إصدارها ويجوز أن يعين القانون من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذه " .

يتضح من هذا النص أن السلطة المختصة أصلا ومباشرة بإصدار اللوائح التنفيذية هو رئيس الجمهورية أو من يفوضه . وفى غالب الأحوال يفوض رئيس الجمهورية السادة الوزراء كل فى مجال اختصاصة بإصدار هذه اللوائح . وهى تصدر لتفصيل وإيضاح ما أجمله المشرع فى التشريع العادى . أى تتضمن القواعد التفصيلية اللازمة لتنفيذ القوانين الصادرة عن مجلس الشعب . وكما ذهب البعض [٢] إلى أن اختصاص رئيس الجمهورية باعتباره رئيسا

---

(١) يطلق عليها فى فرنسا لوائح الإدارة العامة .
(٢) أنظر د / سمير تناغو السابق ص ٣٣٣.

للسلطة التنفيذة فى اصدار اللوائح هو أمر طبيعى . اذ أن السلطة التنفيذية هى القائمة على هذا التنفيذ وبالتالى فهى أقدر من غيرها على فهم هذه القواعد التفصيلية . ومن أمثلة هذه اللوائح التنفيذية عندما صدر القانون ٦ لسنة ١٩٩٧ والقانون ١٤ لسنة ٢٠٠١ جاء فى نهاية القانون . وعلى الجهة المختصة إصدار اللائحة التنفيذية لهذا القانون . [١] . والقانون ١٥٣ لسنة ١٩٩٩ فى شأن الجمعيات والمؤسسات الأهلية . جاء فى المادة ٥ منه " يصدر وزير الشئون الاجتماعية اللائحة التنفيذية للقانون المرافق خلال ٦ أشهر من تاريخ العمل به . وإذا صدر التشريع الفرعى التنفيذى من غير ذى سلطة . أصبحت هذه اللوائح التنفيذية مشوبه بإساءة استعمال السلطة . ومن أمثلة ذلك " ما ورد فى مدونات الطعن رقم ٢١ لسنة ١ق دستورية عليا [٢] والذى قضى بعدم دستورية نص م ٩/ب من قرار محافظ السويس المطعون عليه والذى يمنع الشروع فى نقل أسماك داخل المحافظة دون تصريح من مديرية التموين والتجارة الداخلية . لأن المنوط به هذا التنظيم هو وزير التموين وليس المحافظ المختص .

---

(١) أنظر القانون ١٥٣ لسنة ١٩٩٩ في شأن الجمعيات والمؤسسات الأهلية وحكم بعدم الدستورية لعدم عرضه على مجلس الشعب باعتباره من القوانين المكملة للدستور .

(٢) أنظر الطعن ٢١ لسنة ١ق فى ١٩٩١/٤/٦ .

فقد عهد المشرع لوزير التموين والتجارة الداخلية اتخاذ التدابير المتعلقة بنقل أى مادة من جهة إلى أخرى إلا بقرار منه . ومن ثم يكون قرار المحافظ المطعون عليه مشوبا بإساءة استعمال السلطة واغتصابها يوقعه فى صدمة المخالفة الدستورية " .

ويجب ألا تعدل اللائحة نصوص القانون أو تحد من نطاق تطبيقه [1] أو تضيف إلى نصوص القانون مواد بأحكام جديده . وترجع علة هذا القيد على اللوائح التنفيذية . كما يرى البعض[2] أن نص القانون على وجوب التزام اللائحة . هو دعوة للجهة الإدارية كى تمارس اختصاصها المخول لها دون إعتداء على حقوق السلطة التشريعية . فاللوائح التنفيذية تصدر إستنادا إلى قانون معين بذاته.

---

(١) أنظر اللائحة المخالفة للقانون . قرار وزير الاسكان ٩٧ لسنة ١٩٧٠ والخاص بتبادل الشقق لظروف صحية أو اجتماعية فى مساكل القطاع العام فقط . وهذا يخالف نص المادة ٤ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ الخاص بتبادل الوحدات السكنية . فقد جاء مطلقا وعموما نص بعدم دستور نص المادة ٤ سالف الذكر وأصبح غير جائز تبادل هذه الوحدات لها فى مجال القطاع العام أو القطاع الخاص بعد تعديلها بالمادة ٣/٧ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٨٧ وقرار وزير الاسكان رقم ٩٩ لسنة ١٩٧٨ فى الدعوى رقم ٧١ لسنة ١٩ بعدم دستوريته فى ٤/ ١٩٩٧/١٠ برئاسة المستشار الدكتور/ عوض محمد عوض المر .

(٢) أنظر د/ حمدى عبدالرحمن السابق ص

(٢) - اللوائح التنظيمية :- [اللوائح المستقلة] .

تلك اللوائح التى تصدر من رئيس الجمهورية [١] لتنظيم سير المرافق العامة والمصالح العامة . ومن ثم فهى لا تستند إلى قانون معين بذاته كما هو الحال فى اللوائح التنفيذية . فهى تصدر تنفيذا لقانون معين ذاته . وهى من سلطة رئيس الجمهورية فقط دون غيره . كما جاء نص المادة ١٤٦ دستور " يصدر رئيس الجمهورية القرارات اللازمة لإنشاء وتنظيم المرافق والمصالح العامة . وهذا النص حسم خلافا فى الدساتير السابقة حول ما إذا كان يجوز للسلطة التنفيذية إنشاء المصالح العامة . وهذا اختصاص طبيعى للسلطة التنفيذية كما سبق القول . فهى التى تسير المرافق والمصالح العامة بما يضمن حسن سيرها وفاء للحاجات العامة . مثل إنشاء الوزارات . وكذلك إنشاء وزارة مستقلة للبيئة لضرورة دعت إليها حاجات التطور الهائل فى الألفية الثالثة . وفساد البيئة . كما كان من ذى قبل وزارة التعاون والهجرة . وكما هو الحال حاليا وزارة لقطاع الأعمال العام . لتقييم نظرية العولمة والخصخصة كل هذه مستجدات على ساحة

---

(١) أنظر المادة ١٤٦ دستور هذه اللوائح خاصة برئيس الجمهورية لا يجوز له فيها التفويض للوزراء .

التطور العالمى . فالسلطة التنفيذية تمارس عملها ما يضمن حسن سير المرفق العام والمصالح العامة . والذى دعى المشرع الدستورى فى المادة ١٤٦ دستور سالفة الذكر إلى قصر ممارسة إصدار هذه اللوائح على رئيس الجمهورية وسلبة التفويض فيها يرجع إلى أن هذه اللوائح أخطر من لوائح التنفيذ . وخاصة كما ذهب أستاذى الفاضل الدكتور جلال محمد إبراهيم فى مؤلفه القيم المدخل لدراسة القانون أن المشرع حول السلطة التنفيذية إنشاء مرافق عامه .

(٣) لوائح الضبط [لوائح مستقلة] :

يقصد بها تلك التشريعات الفرعية التى تتولى تنظيم المرور[١] والمحلات العامة المقلقة للراحة . أو حماية الصحة العامة . دون أن يكون هناك قانون مستقل بحمايتها . مثل مراقبة الأغذية والباعة الجائليين . وحماية الشواطئ العامة والممرات الصناعية . وجاء النص عليها فى المادة ١٤٥ دستور مصرى " يصدر رئيس الجمهورية لوائح الضبط التى يقصد بها ما تصنعه السلطة التنفيذية من قواعد قانونية يقصد المحافظة على الأمن العام والصحة العامة والسكنية

---

(١) زنظر قانون المرور الجديد رقم ١٥٥ لسنة ١٩٩٩.

العامة . ولا يجوز لرئيس الجمهورية تفويض غيره فى اصدارها .

حيث أنها تتضمن تعبيرا عن حرية الأفراد . وترتب عقوبات مخالفة[١] . وهى كما وردت فى المادة ٦٦ من الدستور التى وضعت مبدأ عام هو شرعية الجرائم والعقوبات . وقد تكفل المشرع فى التشريع العام قانون العقوبات المصرى رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ بوضع الجرائم والعقوبات المقررة فى تعريف محدد ومن ثم فلا داعى للوائح الضبط . ولكن البعض [٢] يسهل من الأمور ويرى أن هذه اللوائح لا تنطوى على خطر كبير على الأفراد . حيث أن العقوبات التى تنظمها لا تجاوز عقوبة المخالفة وذلك حسما جاء فى المادة ٣٨٠ عقوبات يعاقب من خالف أحكام اللوائح العامة والمحلية بالعقوبات المقررة فى تلك اللوائح . ولكننا نصر على رأينا فى هذا الخصوص . فالحريات العامة نظمها الدستور وعالجها التشريع العادى . من ثم لا داعى للوائح الضبط . وقد ذهب البعض [٣] إلى أن هناك عرف

---

(١) أنظر المادة ٦٦ من دستور عام ١٩٧١ " لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ولا توقع العقوبة الا بحكم .. الخ النص " . ومن ثم فإن لوائح الضبط تعتبر غير دستورية لمخالفتها للمادة ١٦ دستور حيث أنها أدنى درجة منها . فهى تنشأ جرائم وعقوبات . على خلاف المعمول به فى قانون العقوبات المصرى رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ .

(٢) أنظر د/ جلال ابراهيم السابق ص ١٦٦.

(٣) زنظر د/ عثمان خليل ص ١٤٩ - سليمان مرقص ص ١١٨ فقرة ٦٨.

دستوری يخول السلطة التنفيذية قدر من السلطة للمحافظة على الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة . بالإضافة إلى دواعى السرعة التى تبرر قيام السلطة التنفيذية بوضعها . وكأننا نذهب إلى أن السلطة التشريعية تستطيع وحدها وضع هذه القواعد واللوائح التنظيمية . فإذا هى قامت بذلك . فلا يكون هناك مبرر لمنح السلطة التنفيذية هذه السلطة الأصلية .

سن التشريع الفرعى [اللوائح] وإصدارها ونشرها ونفاذها :-

بعد البحث والدراسة فى نصوص القوانين المختلفة . . لم نجد سوى نص المادة ٦٣ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة والتى جاء نصها " على كل وزارة أو مصلحة قبل استصدار أى قانون أو قرار من رئيس الجمهورية ذى صفة تشريعية أو لائحية أن تعرض المشروع المقترح على قسم التشريع لمراجعة صياغته ، ويجوز لها أن تعهد إليها بإعداد هذه التشريعات " .

من هذا النص نستطيع أن تستخلص أن من التشريع الفرعى [اللوائح] يختلف عن قواعد التشريع الدستورى والتشريع العادى . من حيث السلطة المختصة ومراحل سن التشريع والعرض على اللجان

المتخصصة أو اللجنة التشريعية أو مجلس الدولة كما سبق القول .
وعملية الإصدار فهى مندمجة هنا مع سن التشريع . حيث السلطة التنفيذية واحدة . ولكن مرحلة النشر واحدة فى كل من قواعد الدستور والتشريع العادى واللوائح . فيجب نشر اللائحة فى الجريدة الرسمية حتى يتم نفاذها فى مواجهة الأفراد . وهى نافذة فى مواجهة الأفراد من تاريخ النشر ولا يشترط مضى مهلة معينة كما هو الحال فى قواعد التشريع العادى . وهى مضى شهر من اليوم التالى لتاريخ النشر . ولكنها نافذة فى مواجهة الادارة من تاريخ صدورها حتى ولم تنشر بعد . والحكمة من هذه التفرقة فى نفاذ اللوائح بين الأفراد من تاريخ النشر ومن يوم الصدور للادارة هى . أن جهة الادارة وهى تصدر اللوائح بأنواعها إنما تصدر قرارات يحتج بها على الأفراد بأمور لم يكن فى وسعهم العلم بها إلا إذا تم نشرها . أما جهة الادارة فهى مصدر هذه القرارات فالعلم متحقق وكاف حيث أنها مصدر سلطة التشريع للوائح عامة .

مبدأ تدرج القوانين :

بعد هذا التفصيل السابق من حديث عن أنواع التشريعات

الموجودة على الساحة الوطنية يعن لنا إبراز قاعدة هامة هى : " مبدأ تدرج القوانين " . فهناك ثلاثة أنواع للتشريع . التشريع الدستورى – التشريع العادى – التشريع الفرعى . وهى تحوى فى مضمونها قواعد عامة مجرده . يأت على رأسها :- الدستور ثم يليه فى المرتبة القانون العادى . ثم باقى التشريع اللائحى أو الفرعى . فهذا الترتيب ورد بحسب سمو القاعدة القانونية من الأقوى درجة إلى الأدنى درجة ترتيبا تصاعديا ، فلا يجوز للتشريع الفرعى أو اللائحى وهو أدنى درجة أن يخالف التشريع العادى . كما لا يجوز للتشريع العادى أن يخالف التشريع الدستورى . وهذا التدرج يتقيد بقيدين . الأول قيد شكلى :- فيجب أن ينصب الدستور والقانون واللائحة فى شكل صحيح أى يكون صادرة عن السلطة المختصة كما سبق القول وبالشكل والإجراء الواجب إصدار فيه والثانى موضوعى :- فلا يجوز للقانون العادى أن يتضمن نصا يخالف التشريع الدستورى . كما لايجوز للتشريع الفرعى أن يتضمن نصا يخالف التشريع العادى . وكثيرا ما نلاحظ فى هذه الآونه منذ القرن العشرين وبالتحديد فى التسعينات . أن شاهدت البلاد ثوره عارمة من المحكمة الدستورية العليا . حول العلائق الايجارية السارية والرسوم والجمارك والضرائب

. وصححت هذه المحكمة المخالفات الدستورية للقوانين واللوائح .
وهذا يكشف عن النهضة الدستورية فى الدولة . وينبئ عن الديمقراطية السياسية . وحماية حقوق وحريات الأفراد وحقوق ملكيتهم لدرجة أن أحكام هذه المحكمة بدأت تدون فى مجموعات حالية مثل أحكام محكمة النقض لجميع أنواعها مدنية وجنائية وتجارية وأحوال شخصية .

الفرع الثالث

الرقابة على صحة التشريع

[عادى - فرعى]

تمهيد :-

إن تصرفات الدولة يجب أن تنعت بمبدأ المشروعية . ولن يطبق هذا المبدأ إلا من منطلق مبدأ تدرج القواعد القانونية . بمضى أن تلتزم كل قاعدة قانونية سواء فى التشريع العادى أو الفرعى بالأوضاع الشكلية التى يتعين إصدارها فى إطارها المقرر قانونا . وكذلك مراعاة القواعد الموضوعية التى تفرضها القاعدة القانونية الأعلى . ومبدأ المشروعية هذا أى الرقابة على صحة التشريع العادى والفرعى لن يتأتى إلا بإسناده إلى جهة محايدة . هى جهة القضاء . ولكن الفقه الدستورى انقسم بين مؤيد ومعارض لقيام القضاء بهذه المهمة لتخفيف مبدأ المشروعية . واختلفوا حول نطاق هذه الرقابة . والجهة التى تتولاه . وطريقة التقاضى . وآثار الحكم الصادر فى الدعوى الدستورية . ونظر لأهمية هذا البحث . أمكنا الوقوف على

حل لهذا الخلاف بالوقف على عدة محاور تعرض لكل منها فى غصن خاص يتناول الأول :- مفهوم ونطاق الرقابة على صحة التشريع . ويتناول الثانى : دواعى الرقابة على الدستور . ويتناول الثالث : الجهة القضائية التى تتولى الرقابة . ويتناول الرابع :- كيفية التقاضى أمام المحكمة الدستورية العليا . ويتناول الخامس :- آثار الحكم الصادر بعدم الدستوريه . وسوف نعرض لكل منهما على النحو التالى :

الغصن الأول

مفهوم ونطاق الرقابة الدستورية

١- مفهوم الرقابة وصور المخالفة الدستورية :-

لا يتسع هذا المؤلف الدراسى للبحث التفصيلى عن مفهوم الرقابة بنوعيها السياسية والقضائية التى تباشرها المحكمة الدستورية العليا . تفقه القانون العام زاخر بالأبحاث والمؤلفات والرسائل المختلفة . ولكننا نعرض لها بالقدر الذى يتيح لطالب الدراسة الوقوف على المجال التمهيدى فى المدخل لدراسة القانون . ويقصد بالرقابة فى مقام دراستنا . الرقابة القضائية التى تمارسها المحكمة الدستورية العليا . وهى كما يذهب البعض (١) رقابة وقائية لاحقه على صدور القوانين واللوائح بكافة أنواعها سواء كانت تنفيذية أو تنظيمية أو لوائح ضبط وذهب البعض (٢) إلى أن المقصود بالرقابة القضائية على دستورية القوانين . هى التحقق من تطابق القوانين العادية أو الأساسية التى تصدرها السلطة التشريعية مع

---

(١) أنظر د/ حمدى عبدالرحمن السابق ص ١٨٣.

(٢) أنظر د/ عبدالعظيم عبد السلام الرقابة القضائية على دستورية القانون عام ١٩٩٨ص٨.

أحكام الدستور ونصوصه . وعدم تعارض قانون عادى مع قانون أعلى منه وإلا عد هذا القانون باطلا . وهذا البطلان نتيجة منطقية تترتب على مبدأ سمو الدستور . وقد ثار خلاف بين الفقهاء [(١)] . بين مؤيد للرقابة ومنكر لها . فالاتجاه المعارض يريد عدم الأخذ بالرقابة . لأن الاعتراف بها يعنى اعتداء السلطة القضائية على اختصاص السلطة التشريعية . وهو إخلال بمبدأ الفصل بين السلطات . حين يسمح للقاضى بسلطة تقييم دستورية القانون . كما أن الاعتراف بها يخرج القاضى عن وظيفته الأساسية . فهو منوط به تطبيق القانون . وإذا تعرض القاضى لمدى الدستورية فإنه يكون قد مس بأعمال السيادة . وأما الاتجاه المؤيد للرقابة الدستورية فيرى أن الرقابة تأكيد لمبدأ الفصل بين السلطات وبدون هذه الرقابة . فإن السلطة التشريعية تكون مستبدة . فالقاضى تأخذه الحمية القانونية للدفاع عن الدستور . ولن يتأتى له ذلك إلا من خلال الرقابة على أعمال السلطة التشريعية . كما أن الإعتراف بالرقابة لخير تأكيد

---

(١) أنذر د/ السيد ثروت السابق ص ١١٢ ، حسن كيره فقرة ١٧٧ - حمدى عبدالرحمن دراسة مقارنة عام ١٩٩٦ ص ١٢-١٤ . والمدخل إلى القانون الدستورى د/ جمال جبريل وهشام البدرى ص ٤٩٣ ومابعدها .

على صحة عمل القاضى . فعندما يرى القاضى وهو ينظر الدعوى أمامه أن القانون المطبق غير دستورى أى يتعارض مع أحكام ونصوص الدستور ، فإن من واجبة حتما إزالة هذه التعارض . وإذا لم يفعل فإنه لا يصل إلى تطبيق سليم للقاعدة القانونية . وينحصر نطاق الرقابة القضائية الدستورية فى موضوعات القوانين . وهذا يفترض صحة الشكل الذى صدرت فيه . وإذا كانت هذه القوانين مخالفة للشكل الذى اتبع فى سنها فإنها تكون باطلة ولا يمكن أن يسبغ عليها وصف القوانين . ولاتنشأ هذه الرقابة إلا فى ظل تلك الدساتير الجامدة فقط . لأنه يحتاج إلى قواعد صعبة عند تعديلة تفوق إجراءات إصدار القوانين العادية . أما الدستور المرن . فلا محل لهذه الرقابة . حيث يعدل الدستور بنفس الإجراءات ، التى يعدل بها القانون العادى . وظل القضاء العادى والادارى يمارس هذه الرقابة حتى إنشاء المحكمة العليا بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ ثم الغيت المحكمة العليا وحل محلها المحكمة الدستورية العليا بموجب أحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ . وقد أورد المشرع فى المواد ٢٥ ، ٢٦ ، ٢٩ من هذا القانون اختصاص هذه المحكمة بالفصل فى دستورية القوانين واللوائح . وهنا يثور التساؤل عن المقصود بالقوانين واللوائح محل الطعن بعدم الدستورية ؟ يقصد بتلك

القوانين القانون بالمعنى الفنى . أى ما سبق دراسته من قواعد التشريع العادى الصادرة عن مجلس الشعب . وكذلك القرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية فى الأحوال الإستثنائية سواء فى حالة الضرورة أو التفويض ، وحماية الوحدة الوطنية . أو التشريع الفرعى الصادر من السلطة التنفيذية سواء كانت لوائح تنفيذية أو تنظيمية أو لوائح ضبط . وكل القوانين المكملة للدستور [١] . وهذه القوانين تخضع للرقابة الدستورية . سواء كانت صادرة فى ظل الدستور . الذى تخالف أحكامه أو تلك التى قد صورت قبل الدستور . ثم جاء الدستور بأحكام مخالفة لمضمونها . ويقصد باللوائح أى تلك التى تصدر عن السلطة التنفيذية بالتفويض على النحو الذى سلف . وكذلك التشريعات اللائحية مثل لوائح الضبط والتنظيم . أى لوائح الضرورة والتفويض . ويخرج عن نطاق هذه الرقابة القرارات الادارية للرقابة الدستورية . حتى ولو كان القرار الفردى مخالفا للدستور مباشرة .

---

(١) أنظر د/ جمال جبريل وهشام البدرى السابق ص ٤٩٨ ومابعدها .

الغصن الثانى

دواعى الرقابة القضائية

على دستورية القوانين

الدواعى :-

لعل الرقابة القضائية فى مجال الدستورية تضع عقبة أمام السياسين والقانونين ، فيشهد هذا العصر بداية الألفية الثالثة . نهضة دستورية فى مجال القضاء الدستورى . فتعرضت المحكمة الدستورية الان لكل ما هو مشوب بعدم الدستورية . فكثيرا ما خرج المشرع العادى للصالح العام بقوانين استثنائية مثل قوانين إيجار الأماكن المتعاقبة أبتداء من القانون ١٢١ لسنة ١٩٤٧ المعدل بالقانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ المعدل بالقانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ . المعدل بالقانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون ٦ لسنة ١٩٩٧ . المعدل بالقانون ١٤ لسنة ٢٠٠١ . من الواضح أن المشرع أراد فى تلك القوانين وضع نوع التوازن العقدى فى مجال العلائق الإيجارية . ولكنه جامل الطبقة المستأجرة على حساب الملاك الذين أصبحوا فى

حاجة الان إلى رعاية أكثر . ومن هنا نقرأ العديد من أحكام عدم الدستورية فى هذا المجال منها . عدم دستورية امتداد عقد الإيجار للأقارب على عمود المصاهرة وقصره على المستأجر أو زوجة ووالدية والأولاد فقط دون الأخوه والأخوات . عدم امتداد عقد الإيجار للشريك فى المحل التجارى . عدم امتداد عقد الايجار للورثة فى المحل التجارى فى الطبقة الثانية . عدم جواز تغيير العين المستأجرة لغير السكنى كل هذا القضاء يكشف عن عيوب لحقت بالنصوص التشريعية أمدها طويلا من الزمان . ثم استقرت المراكز القانونية الآن . ولنا أن نتسائل ما هى دواعى الدستورية على القوانين واللوائح . ؟

هذه اللوائح يمكن حصرها فى :-

١- إن القضاء الدستورى يكشف عن العوار الذى يلحق بالنص التشريعى منذ وصفه واتسامه بعيب الشكل أو الموضوع . وهذا يؤدى بنا إلى الفصل إحترام القاعدة الأساسية وهى مبدأ تدرج القوانين . فلا يجوز للتشريع الفرعى أن يخالف الدستور . وكذلك لا يجوز للتشريع العادى أن يخالف الدستور أيضا ، وهنا دور الرقابة

الدستورية التى تباشره الهيئة القضائية المستقلة [المحكمة الدستورية العليا] .

٢- إن الرقابة الدستورية دور فاعل فى تطبيق مبدأ المشروعية الذى يجب أن تتسم به تصرفات المدولة . ولن يتأتى هذا المبدأ إلا بتطبيق مبدأ تدرج القواعد القانونية .

٣- يؤدى دور رقابة القضاء إلى الوصول إلى قاعدة قانونية صحيحة . فالقاضى عندما يرى أن القاعدة المطبقة مخالفة للدستور . فهو هنا يقف موقفا سلبيا نحو تطبيق القانون . بلا شك أن تخويل القاضى هذه الرقابة الدستورية يعنى إزالة التعارض بين القاعدة الدستورية والقاعدة المخالفة . وهذا هو أخص واجبات القاضى .

٤- الأخذ بمبدأ الرقابة الدستورية . يؤكد الرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والقضائية . وبين التنفيذية والقضائية .

الغصن الثالث

الجهة القضائية التى تتولى الرقابة الدستورية

" المحكمة الدستورية العليا "

النص التشريعى :

جاء نص المادة ١٧٤ دستور " المحكمة الدستورية هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها " ثم جاء نص المادة الأولى من القانون ٤٨ لسنة ١٩٧٩ إنشاء المحكمة الدستورية العليا " جميع الطلبات والدعاوى القائمة أمام المحكمة العليا . والتى تدخل فى إختصاص المحكمة الدستورية العليا والتى تدخل فى إختصاص المحكمة الدستورية العليا بمقتضى القانون المرافق تحال إليها بحالتها فور تشكيلها وبغير رسوم " . ومن ثم فإن الجهة التى تتولى الرقابة القضائية على دستورية القوانين فى مصر هى [المحكمة الدستورية العليا] .

تشكيل المحكمة :-

جاء نص المادة ٣ من القانون ٤٨ لسنة ١٩٧٩ سالف الذكر "

تؤلف المحكمة من رئيس وعدد كاف من الأعضاء وتصدر أحكامها وقراراتها من سبعة أعضاء " . وبإمعان النظر فى هذا النص نجد أن المشرع لم يحدد أعضاء المحكمة . الأمر الذى يسمح للسلطة التنفيذية بتعيين عدد كاف من قبلها . حيث ورد فى المواد من ٤-٨ دستورية عليا طريقة تعيين رئيس المحكمة والأعضاء . فالرئيس يعين بقرار من رئيس الجمهورية فقط . أما باقى الأعضاء فيأخذ رأى المجلس الأعلى للهيئات القضائية قبل أن تعينهم . ثم يصدر قرار من رئيس الجمهورية بتعيين هؤلاء الأعضاء . ولا نرى مبررا لتلك التفرقة التى وردت بتلك النصوص . والشروط الواجب توافرها أن يكون الرئيس من أعضاء الهيئات القضائية السابقين أو الحاليين . أما الأعضاء فيمكن أن يكون من بين المستشارين الحاليين فى الهيئات القضائية من مضى عليه درجة خمس سنوات فى درجة المستشار ومن أساتذه القانون بالجامعات من مضى على درجة أستاذ لمدة ثمانية سنوات . السابقين أو الحاليين . وكذلك المحاميين بالنقض ممن مضى على اشتغالهم أمام محكمة النقض عشر سنوات . وكل ما اشترطة المشرع فى المادة الخامسة من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ٧٩ هو أن يكون ثلثى

الأعضاء من أعضاء الهيئات القضائية . وهؤلاء الأعضاء كما ورد في نص المواد ١١ ، ١٩ من ذات القانون سالف الذكر " أعضاء هذه المحكمة غير قابلين للعزل ولا ينقلون إلى وظائف أخرى إلابموافقتهم " . ثم جاء نص المادة ١٩ سالف الذكر " وجعل للجمعية العمومية بالمحكمة الدستورية سلطة المحاكمة التأديبية لأعضاء هذه المحكمة عن طريق لجنة الشئون الوقتية التى يرأسها رئيس المحكمة وعضوية اثنين أو أكثر من الأعضاء " . وهذه الجمعية العمومية بنص المادة السابعة عشر من ذات القانون تخول رئيس المحكمة سلطة وزير العدل واختصاص المجلس الأعلى للهيئات القضائية بالنسبة للأعضاء . وهذا السرد السابق ذكره يؤكد بحق الضمانات الوظيفية لعضو المحكمة الدستورية العليا والإستغلال الوظيفى .

إختصاصات المحكمة :-

تبين من مطابقة نصوص القانون ٤٨ لسنة ١٩٧٩ فى شأن المحكمة الدستورية العليا فى المواد :٢٥، ٢٦ ، ٢٩ :- أن اختصاصات المحكمة الدستورية العليا تتحدد فى المسائل الآتية :-

١- الرقابة على دستورية القوانين واللوائح وهو إختصاص

تنفرد به المحكمة وفقا لنص الدستور الذى أراد أن يجعلها المحكمة المختصة وحدها بهذه الرقابة .

٢- هى المحكمة المختصة بالفصل فى منازعات جهتى القضاء العادى والادارى أو الهيئات ذات الإختصاص القضائى سواء كان هذا النزاع نزاع إيجابى أم سلبى .

٣- الفصل فى التنازع الذى يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين يكون أحدهما صادر من جهة قضائية . وحكم صادر من جهة أخرى مثل التحكيم .

٤- تفسير النصوص التشريعية .

ويلاحظ على هذا التحليل المشار إليه سلفا . أن المحكمة الدستورية العليا تختص بتلك المسائل سالفة الذكر وحدها منفردة دون غيرها [١] . ويضيف البعض [٢] أنه يخرج عن إختصاص هذه المحكمة التعديلات الدستورية لعدم تمتعها بصفة القوانين . وتمتعها بصفة القوانين الدستورية .

---

(١) أنظر د. رمزى الشاعر الرقابة على دستورية القوانين واللوائح ص ٥٦١ " حيث يرى إضافة اختصاصات أخرى غير هذه الاختصاصات مثل محاكمة رئيس الجمهورية والوزراء ونواب الوزراء والفصل فى صحة عقوبة أعضاء المجلس النيابى (الشعب والشورى).

(٢) أنظر د/ عبدالعظيم عبدالسلام السابق ص ٢١.

الفصل الرابع

كيفية التقاضى أمام المحكمة الدستورية العليا

تحريك الدعوى الدستورية :-

لقد تناول المشرع فى المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا . طرق تحريك هذه الدعوى فى أحوال ثلاثة معينة على سبيل الحصر وهى كما جاء بالنص :-

" إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الإختصاص القضائى أثناء نظر إحدى الدعاى عدم دستورية نص فى قانون أو لائحة لازم للفصل فى النزاع أوقف الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى المسألة الدستورية . وإذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام جهات المحاكم أو الهيئات ذات الإختصاص القضائى بعدم دستورية نص فى قانون أولائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن هذا الدفع جدى تؤجل نظر الدعوى وتحدد للخصم الطاعن ميعاد لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع هذه الدعوى أمام الدستورية العليا . وإذا لم ترفع خلال هذا الميعاد .

أعتبر الدفع كأن لم يكن . ثم جاء نص المادة ٢٧ من ذات القانون يجوز للمحكمة فى جميع الأحوال أن تقضى بعدم دستورية أى نص فى قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصها ويتصل بالنزاع المطروح عليها . وذلك بعد إتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية . " يتضح من هذا السياق التشريعى سالف الذكر أن هناك ثلاثة طرق لتحريك الدعوى أمام المحكمة الدستورية العليا . فلم يشأ المشرع الدستورى أن تفتح الباب على مصراعيه لحق التقاضى أمام هذه المحكمة باللجوء إلى رفع الدعوى الأصلية ابتداء . وهذا هو ما ننادى به الآن وأخذ المشرع بهذه الوسيلة الجديدة يدل على وجود درجة متقدمة من الرقابة الشعبية المباشرة على أعمال السلطتين التشريعية والتنفيذية (١) . ولكن على أية حال فإننا فى مجال الدراسة والبحث نأتى بأفكار سباقة إلى الأمام لعل المشرع يهتدى بها فيما بعد. ونكون أول من فتح هذا الطريق الصحيح أمامه

وسوف نحصر هذه الطرق فى ثلاثة طرق هى :- طريقة الإحالة - طريقة الدفع الفرعى أمام محكمة قضائية أو هيئة قضائية - طريقة

---

(١) أنظر د/ جمال جبريل وهشام البدرى السابق ص ٥٠٢.

التصدى من المحكمة الدستورية وطبيعة هذه الدراسة تفرض علينا تفصيل هذه الطرق على النحو التالى :

الطريق الأول :- الإحالة :-

يتضح من نص المادة ٢٩ سالف الذكر . أنه إذا رأت المحكمة أو الهيئة القضائية التى تنظر الدعوى أثناء نظر نص ما عدم دستورية نص فى قانون أو لائحة لازمة للفصل فى النزاع توقف الدعوى وتحال الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى المسألة الدستورية هذا النص وذلك يفترض أن هناك دعوى مطروحة أم جهات القضاء العادى أو الادارى أو هيئة أو لجنة قضائية ذات اختصاص قضائى . ورأى قاضى الدعوى المطروحة من تلقاء نفسه أن القانون الواجب التطبيق سواء ورد فى التشريع العادى أو لائحة أيا كان نوعها . لا يتفق مع حكم الدستور . فإنه يحكم بإحالة الدعوى بذمتها إلى المحكمة الدستورية العليا . وقد أوضح نص المادة ٣٠ من قانون هذه المحكمة [يجب أن يتضمن القرار الصادر بالإحالة من المحكمة الدستورية أو ضمنية الدعوى المرفوعة بناء على تكليف المحكمة بيان النص التشريعى المراد الطعن عليه بعد الدستورية .

والنص الدستورى المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة] . وحيث أن قضاء المحكمة الدستورية قد استقر [١] إذا جاء قرار الإحالة خاليا من أى بيان عن النص الدستورى المدعى مخالفته أوجه المخالفة فإنه يكون قاصرا . وبالتالى تكون الدعوى الدستورية غير مقبولة . وهذا كما يذهب البعض [٢] أمر منطقى فلا يمكن إجبار القاضى على تطبيق نص قانونى أولائحى على الموضوع النزاع أمامه يكون مخالفا لأحكام الدستور . وهو القانون الأعلى فى الدولة . وكان لا يمكن أن يكون دور القاضى أن ينتظر من أطراف الخصومة الدفع بعدم دستورية النص . وهو الذى يرى أن هذا النص يعتريه عدم الدستورية أو على الأقل يشاوره الشك فى ذلك .

الطريق الثانى :- طريق الدفع من أطراف الخصومة :-

وهذا الطريق ورد أيضا فى نص المادة ٢٩ السابق ذكر . ويطلق عليه التقاضى بطريق الدفع الفرعى . ويتضح من هذا النص أن هناك

---

(١) أنظر الدستورية العليا الطعن رقم ١٦ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٨٢/٤/٣ مجموعة الأحكام والقرارات جـ ٢ ص ٢٤ ومابعدها

(٢) أنظر د/ جمال جبريل وهشام البدرى السابق ص ٥٠٤ .

شروط معينة لسلوك هذا الطريق بإعتباره هو الطريق الغالب وقوعا في العمل . وهذه الشروط هي :-

١- أن تكون هناك دعوى موضوعة مطروحة على المحكمة أو الهيئة القضائية المختصة :- لعل اشتراط المشرع هذا الشرط هو وصد الطريق أمام المواطنين في اللجوء إلى طريق الدعوى الأصلية . فحتى يحصر هذه الوسائل اشترط وجود دعوى موضوعية . ولا يقصد بذلك أن تخرج الدعاوى المستعجلة من عداد هذه الطريقة فيمكن لأحد أطراف الخصومة أن يطعن أمام قاضي الأمور المستعجلة بالدفع الفرعي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة . ولكن يخرج من عداد هذه الدعاى . الدعاوى التحفظية والخطية التي لا تنظر في إلى موضوع الخصومة . مثل دعاوى صحة التوقيع . فالقاضي لاينظر فيها إلى موضوع الدعوى ولكن ينظر إلى حدوث التوقيع من عدمة . وكذلك دعاوى إثبات الحالة فهي دعاوى الغرض منها إثبات دليل وغير مطلوب فيها تطبيق نصوص قانونية حاسمة لموضوع الخصومة.

٢- أن يدفع أحد أطراف المقدمة بعدم الدستورية وتقدر المحكمة جدية الدفع :

أراد المشرع أن يحدد الخصومة أمام المحكمة الدستورية العليا أمام خصوم التقاضى ، فرغم النزاع للخصم بإبداء هذا الدفع الجوهرى . فقد علق الدفع على مشيئة القاضى . فإذا رأى القاضى أن هذا الدفع جدى وجدير بالقبول . فإن يوافق عليه ويكلف الخصم برفع الدعوى أمام الدستورية العليا . ونرى أن المشرع على حق فى هذا القيد حتى ينظم طرق التقاضى أمام هذه المحكمة وإلا أصبحت محكمة جزئية متخمة بالدعاوى . وهذا ما يعوقها عن أداء دورها . كما أن القاضى لا يتعسف فى تطبيق القانون . فهو المنوط به فى نهاية المطاف تطبيق قاعدة قانونية شرعية دستورية صحيحة وهذا الدفع من النظام يتم أمام أى درجة فى التقاضى .

٣- رفع الدعوى خلال ثلاثة أشهر من الوقت الذى تحدده المحكمة :-

وضع المشرع هذا القيد للوقوف على مدى جدية الطاعن فى طعنه . وأنه لا يسوق فى إجراءات تقاضى كيدية . فخلال هذا الأجل المحدد إذا تم رفع الدعوى أمام الدستورية العليا . فإنه يكون جديا

فى طعنه . والقاضى يوقف الدعوى لحين الفصل فى دعوى الدستورية . وإذا صدر حكم الدستورية بالرفض فإن الخصم يعجل دعواه من الوقف التعليقى ويباشرها أمام جهات القضاء . ويجب أن تتضمن صحيفة هذه الدعوى عملا بالمادة ٣٠ دستورية . القاعدة القانونية المطعون عليها والنص الدستورى الذى خالف القانون وإلاتعتبر غير مقبوله . وتنص الدستورية العليا [(١)] فى أحد أحكامها " أن الأوضاع الإجرائية التى اشترطها المشرع فى المادة ٢٩ دستورية سواء ما اتصل منها برفع الدعوى أو ميعاد رفعها متعلق بالنظام العام باعتباره شكلا جوهريا فى التقاضى تغياه المشرع لمصلحة عامة حتى ينظم التقاضى فى المسائل الدستورية بالإجراءات التى رسمها وفى الموعد الذى عينه " .

الطريق الثالث :- التصدى من المحكمة الدستورية نفسها

ورد النص على هذه الطريقة فى عجز المادة ٢٧ دستورية والتى جاء نصها " يجوز للمحكمة فى جميع الحالات أن تقضى بعدم دستورية أى نص فى قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصها . ويتصل بالنزاع المطروح عليها . وذلك من اتباع

الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية . "

لما كان منوط بالدستورية العليا تفسير النصوص القانونية والفصل فى تنازع الإختصاص الولائى وتنفيذ الأحكام القضائية المتناقضة . فأثناء مباشرة هذه الأختصاص . إذا رأت من بين النصوص المتعلقة بالنزاع المعروض عليها ما يخالف الدستور فإنها تتعرض لهذه المخالفة الدستورية وتقضى بعدم الدستورية دون ما حاجة إلى دفع من الخصوم . وهذه الطريقة سهلة وواضحة ولا عناء فيها . فالمحكمة التى تملك الرقابة . هى التى تتعرض من تلقاء نفسها لإزالة الغموض حول النصوص غير الدستورية . التى قد ترى عند تطبيقها فى تفسير القوانين أو فض التنازع بين حكمين متناقضين للوصول إلى تطبيق سليم للقاعدة القانونية . وهذا أقرب الطرق وأقصرها وسيلة لتصحيح المخالفات الدستورية . فلا تحتاج إلى وقت أو رسوم أو دفع أو جدية من القاضى أو ميعاد معين لرفع الدعوى . ولكن ذهب البعض [1] إلى أن نص المادة ٢٧ سالف الذكر مشوب بالقصور إذ قيد المحكمة الدستورية بقيد وهو حتى

---

(١) أنظر المستشار ابراهيم حسنين الرسالة السابقة ١٩٩٦ ص ٨٧.

تمارس هذا الاختصاص يجب أن يكون النزاع المعروض عليها بالفعل . ففى الطعن رقم ١٠ لسنة ١ق والذى قضى بعدم دستورية ١/١٠٤ من قانون مجلس الدولة والمادة ٨٣ من قانون السلطة القضائية ٤٩ لسنة ١٩٧٢ . والتى كانت تتيح الفرصة لرجال مجلس الدولة وأعضاء السلطة القضائية القضاه وأعضاء النيابة العامة الطعن على قرارات النقل والندب أمام دائرة رجال القضاء . فكان حريا بالمحكمة الدستورية العليا . أن تقضى بعدم الدستورية للمواد المقابلة فى قانون هيئة قضايا الدولة والنيابة الادارية . فلو لا وجود شرط ممارسة التصدى كون أن يكون النزاع معروضا عليها . لكان فى الامكان القضاء بذلك وينادى صاحب هذا الاعتراض فإن من حق الخصوم تنبيه المحكمة الدستورية العليا عندما تعرض فى مسألة تفسير أو فض تنازع إيجابى أو سلبى إلى المخالفة الدستورية .

الفصل الخامس

آثار الحكم بعدم الدستورية

النص التشريعي : ٤٨ ، ٤٩ دستورية :-

لقد جاء نص المادة ٤٨ دستورية " أحكام المحكمة وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن". كما جاء نص المادة ٤٩ دستورية " أحكام المحكمة الدستورية في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة والكافة . تنشر الأحكام والقرارات المشار إليها في الفقرة السابقة في الجريدة الرسمية وبغير مصروفات خلال خمسة عشر يوما على الأكثر من تاريخ صدورها . ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لتاريخ النشر للحكم . فإذا كان الحكم متعلقا بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة إستنادا إلى ذلك النص كأن لم تكن . ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فورا لتطبيقه وإجراء مقتضاه " .

يفهم من هذا السياق التشريعي سالف البيان أن الحكم الصادر

بعدم الدستورية يلغى قوة نفاذ النص الغير دستورى والصادر بشأن هذا الحكم بعدم الدستورية . فمثلا فى الدعوى رقم ١٤٤ لسنة ٢٠ ق والصادر فيها الحكم بعدم دستورية نص المادة ١/١٩ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ . والتى كانت ترخص للمستأجر فى ظل هذا النص بتغيير غرض السكنى إلى غير السكنى . فاعتبارا من هذا الحكم وهو صادر فى ٢٠٠٠/٣/٤ ونشر فى الجريدة الرسمية العدد ١١ فى ٢٠٠٠/٣/٢٠ ويعمل به من اليوم التالى لتاريخ النشر وهو ٢٠٠٠/٣/٢١ [١] . وتواترت أحكام الدستورية العليا على أن الحكم الصادر بعدم الدستورية يرتب عليه إلغاء نفاذ النص المقضى بعدم دستوريته . ويذهب البعض [٢] إلى أن إلغاء النص بموجب حكم الدستورية العليا يعنى من الناحية العملية إلغاء النص نفسه فبعد هذا القضاء بعدم الدستورية يصبح النص عديم القيمة . وإن كان هذا من الناحية النظرية . يلزم محكمة الموضوع فقط بالإمتناع عن تطبيق النص ولكنه لا يلغيه .

---

(١) أنظر للمؤلف بحث حول التعليق على حكم الدستورية العليا فى الطعن ٤٤ السنة ٢٠ق. ويقع فى مائة صفحة منشور فى دار النهضة العربية عام ٢٠٠٠ ص ٢٣.

(٢) أنظر د/ جمال جبريل وهشام البدرى السابق ص ٥٢٣.

وقد صدر أخيرا القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ من السيد رئيس الجمهورية بتعديل نص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا [١] وجاء التعديل كما يلى :-

" أحكام المحكمة الدستورية فى الدعوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة . وتنشر هذه الأحكام فى الجريدة الرسمية . ويترتب على هذا القضاء بعدم الدستورية إمتناع تطبيق النص غير الدستورى من اليوم التالى لتاريخ النشر . وفى حالة ما إذا كان النص المحكوم به بعدم الدستورية يتعلق بمواد القانون الجنائى . فإن القضاء بعدم الدستورية . يتضمن إعدام للنص من بدايته أى يكون له أثر رجعى . ويترتب على الحكم بعدم الدستورية للنص سواء فى القانون أو اللائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لتاريخ النشر مالم يحدد الحكم تاريخا آخر لذلك . كما ألا يكون للحكم بعدم الدستورية لنص ضريبى إلا أثر مباشر ولا يمنع المدعى فى الدعوى من الإستفادة من حكم عدم الدستورية للنص " .

---

(١) أنظر القرار ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ منشور فى الجريدة الرسمية العدد ٢٨ مكرر فى ١٩٩٨/٧/١١ .

وهذا التعديل الذى أورده القرار ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ فى الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ سالف الذكر . يقضى أن التشريع المحكوم بعدم دستوريته والمخالف للدستور يبقى فى الفترة السابقة على الحكم ساريا ومتمتعا بنفاذ فعلى رغم ما يثبت بحكم المحكمة من بطلانه وخروجه على الدستور [١] .

وبعد تعديل المادة ٣/٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا هاجم العديد من فقه القانون العام [٢] هذا القرار ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ الصادر من رئيس الجمهورية . وأنه قرار أقتحم نفسه فى حرمة وشبهة عدم الدستورية للأسباب الآتية :

١- أن القرار القانون خالف المادة ١٩٥ من الدستورى الدائم الصادر فى عام ١٩٧١ والتى توجب أخذ رأى مجلس الشورى عند الاقتراح بتعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور .

---

(١) أنظر د/ أحمد كمال أبو المجد مقال جريدة الأهرام المصرية فى ١٩٩٨/٨/١٨ حول مستقبل القضاء الدستورى فى مصر .

(٢) أنظر د/ عاطف البنا مقاله المشهور " المشروعية الدستورية وأساس سلطة الحكم " منشور فى جريدة الوفد العدد ١٦ فى ١٩٩٨/٧/١٧ - جابر جاد نصار ورقة عمل مقدمه الى المؤتمر العلمى السنوى مستقبل دور المحكمة الدستورية مقدم فى ١٩٩٨/٦/٣٠ منشور فى مجلة المحاماة عام ١٩٩٨ ص ٣١.

وحيث أنه لم يعرض هذا القرار ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ على مجلس الشورى من ثم فإنه مشوب بشبهة عدم الدستورية ويكون مخالف للدستور .

٢- خالف هذا القرار ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ المادة ١٤٧ من الدستور التى تتيح لرئيس الجمهورية كما سبق القول بإصدار قرارات بقوانين فى حالة الضرورة الإستثنائية فى غيبة المجلس النيابى . وحيث لم توجد حالة ضرورة فى هذه الفقرة ولم يكن مجلس الشعب غائبا . بل كان فى دور الانعقاد العادى . فإن القرار يكون قد خالف الدستور .

٣- تدخل السلطة التنفيذية فى نزع السلطة التشريعية الاصلية بالتدخل لدى سلطات القضاء والتأثير عليه وخاصة أنه كان مطروحا على الدستورية العليا . الطعن بعدم دستورية قانون ضرائب العاملين بالخارج . فقامت السلطة التنفيذية بإصدار القرار ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ حفاظا على الميزانية العامة للدولة وما تتكبده من أموال طائلة تؤثر على سير الحياة الاقتصادية للبلاد . وهو ما يعد اعترافا صريحا بالتدخل فى القضايا المطروحة على البلاد . وهذا ما يخالف الدستور .

ونرى أن الجديد فى التعديل الذى جاء به القرار ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ على نص المادة ٣/٤٩ دستورية ينحصر فى . أن الأحكام الصادر بعدم الدستور تطبق من اليوم التالى لتاريخ النشر فى الجريدة الرسمية . أى أن الحكم يطبق بأثر فورى ومباشر ولا يطبق بأثر رجعى إلا إذا قررت المحكمة الدستورية العليا تطبيقه على الماضى . فقد ورد فى عجز النص " أن يكون للمحكمة الدستورية العليا وحدها أن تحدد لسريان حكمها تاريخ أخر . ولكن المشرع قيد هذه المحكمة فى تطبيق النص الضريبى فلا يجوز النص فى الحكم بعدم الدستورية على تطبيقه بأثر رجعى . بل هو مطبق أثر مباشر . وقد خول المشرع المدعى فى الدعوى الدستورية إذا كان الأمر يتعلق بطعن ضريبة معينة الإستفادة من الرجعية . حيث ورد فى عجز الماده ٣/٤٩ " وذلك دون إخلال بإستفادة المدعى من الحكم الصادر بعدم دستورية النص".

رأينا الخاص فى الموضوع :-

فى واقع الأمر . بعد التعديل الذى أحدثه القرار ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ . والذى أوجب تطبيق الأحكام الصادرة بعدم الدستورية من

اليوم التالى لتاريخ النشر لقاعدة أصلية عامة . ولا يكون لها تأثر رجعى إلا إذا قضت المحكمة فى منطوق حكمها بتقرير هذه الرجعية . وسلب سلطة المحكمة حتى فى تقرير هذه الرجعية فى مواد المنازعات الضريبية . ولا يفيد من الدعوى سوى المدعى فى خصوص الأثر الرجعى دون سواه من المواطنين . فلا شك أن هذا التعديل الجديد يؤدى إلى نتائج سلبية تنحصر فى :-

١- أن الحكم الصادر بعدم الدستور رغم أنه يعدم النص المخالف ويعطل القوة التنفيذية له . إلا أنه لايزال مطبقا فى الماضى على المراكز القانونية السابق على صدور حكم المحكمة الدستورية العليا . فهذا كما يذهب البعض [1] يؤدى إلى وضع شاذ وغريب فالمضرور من المخالفة الدستورية لا يستطيع طلب إعدام هذا النص السابق على الحكم طالما لم يكن مدعيا فى الدعوى الدستورية . فالقضاء يطبق النص كما هو طالما كان سابقا علي هذا الدستورية أليس هذه مغالطة قانونية . كيف يطبق القانون نصا قانونيا معدوما منذ البداية.

---

(١) أنظر د/ جمال جبريل وهشام البدرى السابق ص ٥٤٣.

٢- أصبح حكم المحكمة الدستورية العليا بعد هذا التعديل ليس له حجية مطلقة وإنما يتمتع بالحجية النسبية . فالمراكز السابقة على قضاء الدستورية لا يفيد منها سوى الطاعن فقط . وهذا الأمر غريب على الرقابة المركزية لمباشرة رقابة الدستورية العليا . فالدعوى دعوى عينية .

٣- هذا التعديل يخالف المادة ١/٤٩ التى توجب التزام جميع سلطات الدولة والكافة بأحكام المحكمة الدستورية العليا . وهو نص مطلق فالتعديل الجديد يخالف هذا النص .

وحقيقة الأمر كما ذهب أستاذنا الدكتور / أحمد كمال أبو المجد فى مقالة الأخير بجريدة الأنعدام فى ١٩٩٨/٨/١٩ أن فكرة الأثر المباشر لا تخلو من آثار خطيرة ونتائج سلبية يصعب تجنبها . فالإعتبارات القانونية والسياسية لا تؤيد صدور مثل هذا التعديل الوارد فى القرار ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ . ونرى فى نهاية الأمر أن المشرع فى القرار ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ خول المحكمة الدستورية العليا سلطة التشريع المباشر . رغم تعدد الجهات التشريعية . فهى وحدها المنوط بها أن تقرر الرجعية للحكم الدستورية ما عدا المنازعات

الضـريبيـة . ويطبق القـرار ١٩٨ لسنة ١٩٩٨ منذ تاريخ النشـر فى ١٩٩٨/٧/١١ . فـالأحكام غـيـر الجنائيـة التى سبق صدورها من المحكمة الدستورية العليا . قبل نشر هذا القرار تطبق بأثر رجعى . ولكن من ٢٠٠٠/٣/١٢ . فلا أثر رجعى لها إلا إذا تضمن منطوق الحكم أو الأسباب سريانه على الماضى أثر رجعى . وذلك باستثناء المراكز التى استقرت بحكم قضائى بات وصادر قبل قضاء المحكمة يعدم الدستورية .

المطلب الثانى

العـــــرف

تمهيد :

يعتبر العرف من حيث النشأة المصدر الرسمى الأول فى تاريخ النظم القانونية . ثم تضاءل دوره مع ظهور السلطة العليا . فأصبح لها دورا التشريع الذى يملك إجبار الأفراد على احترام القوانين المشرعة ومن ثم فإن دراسة العرف . تقتضى بيان ماهية العرف وأنواعه وشروطه . ثم بيان أركان العرف وأساس القوة الملزمة له . ثم أيضا التفرقة بين العرف والعادة الإتفاقية مع بيان مكانه فى القانون المصرى . وأخيرا مزايا وعيوب العرف كل هذه المحاور الرئيسية نتناولها كل فى فرع مستقل كالآتى :-

الفرع الأول

ماهية العرف وانواعه وشروطه

ماهية العرف وانواعه وشروطه :-

يقصد بالعرف كما ذهب البعض (١) أنه مجموعة من القواعد غير المكتوبة التى اتبعها الأفراد فى سلوكهم فى مجتمع معين أجيالا متعاقبة حتى نشأتى الاعتقاد لديهم . أن هذه القواعد أصبحت ملزمة . وأن مخالفها يتعرض لجزاء الجماعة. من هذا التعريف نستطيع أن نستخلص أنه يتعين توافر الشروط التالية :

للقول بوجود قاعدة عرفية :-

١- العمومية :

لا يقصد بالعمومية فى الخصوص أن يكون العرف شاملا جميع الأفراد فى المجتمع . ولكن المقصود بها هنا . أن القاعدة العرفية المتبعة تخص طائفة معينة أو حرفة معينة مثل التجار ، أو الصناع أو الأطباء . وصفة العمومية فى التطبيق خاصة من خصائص القاعدة

(١) أنظر د/ جلال ابراهيم السابق ص ٢٤٩.

القانونية . وفى كل الأحوال عند المنازعة أو إثبات القاعدة العرفية . فإن الأمر يترك لقاضى الموضوع ليقدره فى كل حالة على حدة . والقاضى خاضع لنطاق الرقابة القضائية التى تباشرها محكمة النقض سواء فيما يتعلق بإثبات وجود العرف أو فيما يتعلق بتطبيقه كمصدر من مصادر القانون . وهذا الخضوع ناشئ عن أن القاعدة العرفية قاعدة قانونية بالمعنى الفنى الدقيق . فهو المصدر التالى للتشريع .

٢- عنصر الزمان القديم :

فحتى تتوافر للقاعدة العرفية الصفة القانونية لابد أن يكون اتبعها أجيالا متعاقبة أو مضى عليها فترة طويلة من الزمان . ولايشترط لها حد أدنى أو حد أقصى . فهذه مسألة موضوعية تخص الواقع . والقاضى يباشر نشاطه فى داخلها بعيدا عن رقابة محكمة النقض المصرية .

٣- التواتر فى الإستخدام :-

من التعريف السابق يتعين القول أن القاعدة التى اتبعها الأفراد وتواترت استعمالها . بإضطراد غير متقطع . أى اتباع هذا المنهج

دون تردد ولا إنقطاع من ثم فهى قاعدة عرفية . فالعبرة كما يرى أستاذنا الفاضل الدكتور جلال إبراهيم [1] بإطراد سلوك الأفراد فى مجموعهم دون أن يكون هذا السلوك مذبذبا .

٤- الإعتقاد بالإلزام :

لما كانت القاعدة السلوكية العرفية غير مكتوبة . واتبعها العامة فى مجموعة معينة فى إقليم معين . هى قاعدة مجردة سلوكية . وكان قد نشأ فى الإعتقاد لدى هذه الجماعات وفى ضميرها أن مخالفة هذه القواعد يترتب عليه جزاء معين . أو أن هذه القواعد أصبحت الآن ملزمة . فإن الشكل القانونى للقاعدة العرفية يكون قد إكتمل . وإذا تخلف عنصر الإعتقاد بالإلزام . فإن القاعدة تكون مجرد عاده معينة لدى الأفراد .

٥- عدم المخالفة للنظام العام والآداب العامة :-

لما كانت القاعدة العرفية هى خير تعبير عن الافصاح التام لضمير الجماعه ، فلا شك أن هذه الطاعة نابعة من ضمير الجماعة . وأنها متفقة مع القواعد الأساسية العليا فى الدولة . وأنها لا تخالف

(١) أنظر د/ جلال ابراهيم السابق ص ٢٥١.

الناموس الطبيعى للأفراد . أى لا تخالف الأداب العامة . التى ألف للأفراد على اتباعها فترة طويلة من الزمان . ولما كان العرف هو المصدر التالى الذى يلجأ إليه القاضى فى حل النزاع إذا لم يوجد تشريع ما فإن النتيجة المنطقية لذلك هو ألا يكون مخالفا للنظام العام أو الأداب العامة :-

أنواع العرف :

ذهب الفقه [١] إلى أنه يوجد عدة تقسيمات للفقه . فمنهم من قسمة من حيث النشاط الذى يحكمة إلى عرف عام وخاص . أو عرفى إقليمى وشخصى أو مهنى أو طائفى . ومن حيث مدى الزامه إلى عرف مكمل ومفرد معاون للتشريع . أو عرف آمر أو مخالف . ونأخذ بالرأى الراجح بالتقسيم الآتى .أولا :- من حيث النشاط الذى يحكم العرف :

ينقسم العرف إلى عرف عام . وهو ما ينشأ عن صنع السلطات والمرافق العامة فى الدولة . وذلك عندما تباشر وظائفها العامة .

---

(١) أنظر د/ سمير تناغو السابق ص ٤٢٥ ، د. جلال ابراهيم السابق ص ٢٥٥.

مثل العرف الإدارى - العرف الدستورى . أما العرف الخاص . فهو من صنع الأفراد عندما ينشأ عن معاملاتهم فى المعيشة نتيجة معظمها فى المعاملات المدنية .

ثانيا : من حيث نطاق تطبيقه :

ينقسم العرف من هذه الزاوية إلى عرف شامل فهو يحكم علاقات الأفراد بغض النظر عن الإقليم أو الطائفة أو المهنة التى يتبعها . وعرف اقليمى . أى خاص بالإقليم الذى طبق هذه القاعدة السلوكية . مثل عرف الوجه القبلى يختلف عن عرف الوجه البحرى . فكل منهم له عرف خاص به . وقد يكون العرف مهنيا أو طائفيا . مثل العرف الذى يجرى بين التجار وبين الأطباء ، أو المحامين .

ثالثا : من حيث مدى الإلزام :-

لما كان العرف هو المصدر الثانى للتشريع كما ورد فى نص المادة الأولى من التقنين المدنى المصرى فإنه يتوقف درجة الإلزام حسبما تنشأ القاعدة . فإذا كانت القاعدة العرفية آمرة كان العرف آمرا . فلو كانت القاعدة العرفية متعلقة بالآداب العامة أو النظام

العام فإن القاعدة العرفية تكون آمرة . وإذا كانت قاعدة عرفية مكملة فإن العرف الناشئ عنها يكون عرفا مكملا . ففى النوع الأول لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالف أحكامه . وفى النوع الثانى فإنه يجوز للأفراد الاتفاق على خلاف أحكام القاعدة العرفية الآمرة .

رابعا :- من حيث إتصاله بالتشريع :

لاشك من خلال الدراسة القانونية وخاصة فى فروع القانون الخاص . وبصفة خاصة فى القانون المدنى . نجد أن للعرف دور أشار إليه المشرع بإعتباره تارة مساعدا أو معاونا للتشريع وتارة أخرى مخالفا للتشريع . وفى بعض الأحوال مكملا للتشريع . وسوف تسوق البعض النصوص التى توضح هذه الأنواع الثلاثة :-

أ- النوع الأول :- العرف المعاون للتشريع :-

لقد جاء نص المادة ١٤٨ مدنى مصرى " . . . لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه . ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والمعرف والعدالة .

فبالنظر إلى هذا النص المشار إليه سلفا نجد أن للعرف دور بجوار القانون وقواعد العدالة فى تحديد ما هو من مستلزمات العقد .

ب- النوع الثانى :- العرف المخالف للتشريع :-

بإمعان النظر فى نص المادة ٢٢٦ مدنى التى جاء نصها :- ". . . من أن الفوائد التأخيرية تسرى من تاريخ المطالبة القضائية بها . إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر لسريانها .

فهذا النص يوضح دور العرف فى مخالفة ما أوجب القانون تحديده . حيث أن المشرع حدد للفوائد تاريخا تسرى منه هو تاريخ المطالبة بها من القضاء . فإذا كان العرف يحدد ميعاد آخر لذلك . فإن القاعدة العرفية هى التى تطبق .

جـ- النوع الثالث :- العرف المكمل :

يقصد به العرف الذى يكمل دور القاضى عندما يعرض أمامه نزاع ولم يجد القاضى فى نصوص التشريع ما يسعفه لحل هذا النزاع . وهذا هو ما قصده المشرع تحديدا فى نص المادة الأولى من القانون

المدنى فى الفقرة الثانية " . . . فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف . فإذا لم يوجد . . . إلخ النص " .

الفرع الثانى

اركان العرف وأساس قوته الملزمة

أ- اركان العرف :

استقرت أراء الفقه المصرى على أن للعرف ركنين أساسيين هما :-

١-الركن المادى :- من خلال ما سبق نستطيع أن نستخلص الركن المادى فى القاعدة العرفية . وهو المتمثل فى الإعتبار طويل الأمد . وهذا يفترض كما ذهب البعض [(١)] .

مجموعة متواترة من التصرفات أو الأفعال القادرة على تكوين روابط اجتماعية مصحوبة بجزاء . وهذا الاعتبار ينبغى أن يكون بصفة مستمرة طوال آجيال متعاقبة بحيث يسودها صفة الثبات والاستقرار . ومثال ذلك . أن العرف التجارى قد جرى فى مجالات المعاملات التجارية أن التوقيع على ظهر الشيك يعتبر تظهيرا ناقلا للملكية .

والعرف الذى يجرى على انتقال الجار بالمرور من الطريق

---

(١) أنظر د/ سمير تناغو السابق ص ٤٢٧.

المخصص للجار . من أن ينشأ عنه حق إرتفاق بالمرور . وكذلك حق الشرب والمجرى والمسيل . ويطلق عليها الإرتفاقات التى تحد من حق الملكية . والركن المادى للعرف كما يذهب البعض من مسائل الواقع التى يختص القاضى وحده بالبحث فيها . وهو فى هذا البحث غير خاضع لنطاق الرقابة القانونية التى تباشرها محكمة النقض . فهى تراقب العنصر القانونى فى النزاع ولا تراقب الواقع .

ب- الركن المعنوى : يتمثل الركن المعنوى فى إعتقاد الناس فى المجتمع أن ما ألفه هؤلاء الأفراد قد أصبح ملزما . وهذا الإلزام ناشئ عن شعور الأفراد بضرورة الروابط الإجتماعية وعدم الخروج على المألوف . وهذا ما يطلق عليه البعض [٢] أنه العنصر النفسى المتمثل فى إعتقاد الناس أن قاعدة السلوك التى تنظمها العادة . هى قاعدة ملزمة وواجبة الإتباع . ويعترف ميلاد هذا الإعتقاد بقبول الكافة أو الأغلبية على الأقل . ويوجه سلوكهم وفقا لمضمون القاعدة السابقة . وإن كان البعض فى الفقه الأجنبى ذهب إلى عدم التسليم

---

(١) أنظر د/ جلال ابراهيم السابق ص ٢٥٣.
(٢) زنظر د/ حمدي عبدالرحمن السابق ص ٢٠٢.

بكفاية العنصر المعنوى لإعتبار العرف ملزما . فصفة الإلزام لاتتحقق بمجرد إعتقاد الناس فى وجودها . ولكنها تتحقق عندما يوافق القضاء على القاعدة العرفية ويحكم بموجبها .

ولكن مثل هذا القول يترتب عليه . أن القضاء هو الذى يحكم بنشأة القاعدة العرفية الملزمة . وهذا اتجاه غير سديد قانونا .

القوة الملزمة للعرف :-

اختلفت آراء الفقه حول تحديد القوة الملزمة للعرف [١] وسوف نعرض لهذه الاتجاهات كما يلى :-

أولا : الاتجاه الأول :- *القوة الملزمة " السلطة العامة "*

لما كان القانون هو نتيجة الإرادة الصريحة للسلطة العامة . فهى التى تنشأ القواعد التشريعية فإنه بالمقابلة لذلك . فإن العرف يعتبر ضمنا رضاء من هذه السلطة بتطبيقة . ومن ثم فإن القوة الملزمة للعرف لابد أن تستند إلى هذه السلطة العامة . ولكن يؤخذ

---

(١) أنظر د/ أبو زيد عبدالباقى ، السابق ص ١٤٠ فى عرض هذه الاتجاهات المختلفة وترجيحه للاتجاه الأخير الذى يرى أن القوة الملزمة للعرف هى رضاء الجماعة .

على هذا الرأى . أن العرف أسبق فى نشأته من وجود التشريع . وهو أسبق القواعد القانونية نشأة فى الدولة . فهنا يستعصى المواءمة القول بأن إرادة هذه السلطة العامة هى التى تجعل القاعدة العرفية ملزمة .

ثانيا :- الإتجاه الثانى : *القوة الملزمة* [*حكم القضاء*]:

ساد هذا الاتجاه فى الدول التى تأخذ بنظام السوابق القضائية . مثل القانون الإنجليزى فتصدر أحكام من القضاء متعددة بشأنه . ثم ينشأ ما يسمى بالسوابق القضائية . أى عرف قضائى درجت عليه المحاكم . فالعرف لا يتكون هنا إلا بعد حكم هذه المحاكم ومن ثم فإن القاضى هو الذى ينشئ القاعدة العرفية ويضفى عليها صفة الإلزام . ولكن هذا الاتجاه كسابقه يؤخذ عليه . أن القاضى إذا كان قد طبق العرف . فهو يطبقه لأنه قاعدة قانونية ملزمة . وإلا كان سوف يتخلى عن دوره فى إرساء العدالة . ويعد بالتالى منكرا لها . كما أنه يهدد مبدأ الفصل بين السلطات . فهل القاضى بذلك يكون قد أصبح مشرعا ؟ وهل يتصور أن يصنع القاضى القاعدة التى سوف يحكم بها النزاع ؟ وقد ذهب البعض [١] رغم هذا المأخذ سالف الذكر

---

(١) أنظر د/ أبو زيد عبدالباقى السابق ص ١٤٣.

. أنه فلا شك أن للقضاء دور واضح فى تحديد مضمون القاعدة العرفية . فالقاعدة العرفية كما هو معروف ناشئة عن إضطراد الناس على إتباعها فترة طويلة من الزمان . فلا مراء أن تطبيق القاضى للقاعدة العرفية أعطى لها قوة ملزمة .

ثالثا : - القوة الملزمة " الضرورة الإجتماعية للعرف " .

بجد هذا الاتجاه سنده الواقعى فى أن العرف له دور مكمل للتشريع . فربما لا يلاحق التشريع الزمان . فلابد أن يكون مضافا إليه قواعد عرفية تساير هذا التطور . وهذا هو ما تفرضه الضرورات الإجتماعية . ولكن هذا الإتجاه ظاهر البطلان والفساد من أساسه . فالضرورة الإجتماعية لوجود العرف لسد النقص فى التشريع ومواجهة حالة الجمود التى يتسم بها . ولا تخلع عليه صفة الالزام . وهى العنصر الأساسى فى القاعدةالعرفية .

رابعا :- القوة الملزمة " رضاء الجماعة " .

لما كان العرف ناشئا عن إتباع الأفراد لقواعد سلوكية معينة بمحض إرادتهم . وأصبح فى الإعتقاد لديهم أن تلك القواعد صارت

ملزمة . فهذه التلقائية هى التى أصلت ورسخت هذه القواعد السلوكية . وهذا يدل على الرضاء التام من الأفراد تجاه هذه القواعد السلوكية . ونعتقد مع البعض أن غالب الظن هو الراجح فى رضاء الجماعة الذى يكون القوة الملزمة للعرف [١] .

---

(١) أنظر د/ سمير تناغو السابق ص ١٢٣.

الفرع الثالث

العرف والعادة الإتفاقية

ماهية العادة الإتفاقية :-

يقصد بالعادة الاتفاقية أن الأفراد يدرجون على سلوك معين . أو يتبعون سلوكا معينا فترة طويلة من الزمان . وعلى أجيال متعاقبة . ولكن لا ينشأ فى الإعتقاد لديهم إلزامية تلك القواعد التى تم إتباعها . وهذا ناشئ عن إرادة الأفراد سواء كانت هذه الإرادة صريحة أم ضمنية . وكما عرفها البعض [١] أنها عرف فى دور القانون أو عرف ناقص . ويمكن أن تتحول هذه العادة الإتفاقية إلى قاعدة عرفية لوجود الإعتقاد فى عنصر الإلزام وهى عرف فى ركنها المادى وينقصها الركن المعنوى . ومثال ذلك . فقد تجرى عادات تجار الفاكهة فى بيع المائة حبه مائه وعشر ، وهذه عادة بين طائفة هؤلاء التجار . أو ما يجرى عليه العمل فى الفنادق والمطاعم الكبرى من قيام العملاء بدفع وهبة للقائمين بالعمل فيها ، فلا يجبر تزيل الفندق أو رواد هذه المطاعم على دفع هذه الوهبة .

---

(١) أنظر د/ أبو زيد عبدالباقى ، السابق ص ١٢٨.

فإذا اكتمل العنصر المعنوى للقاعدة الاتفاقية فهى عرف كامل . وتصبح قاعدة قانونية واجب الإلزام .

اهمية التمييز بين العرف والعادة الإتفاقية :-

بعد هذه الدراسة الشارحة للعرف والعادة الإتفاقية فلابد أن هناك فروق جوهرية هامة . ونظرا لذلك فإنه يتعين إبراز هذه الأوجه على النحو التالى :-

١- لما كان العرف مصدر تالى للتشريع ومكمل له فى بعض الأحيان على النحو الذى سلف بيانه . من ثم فإنه يندرج تحت مسمى القاعدة القانونية . فعلى القاضى أن يطبقه دون ما حاجة للتمسك به من خصوم النزاع . أما العادة فإنها لا ترقى إلى مرتبة القانون . ولا يجوز للقاضى طلب تطبيقها إلا إذا تمسك بها الخصوم واتجهت إرادتهم إلى تطبيق هذه القاعدة .

٢- يتعين على القاضى افتراض العلم بالقاعدة العرفية مثل القاعدة التشريعية تماما . لأنها قاعدة قانونية . ويفترض علم القاضى بالقانون . أما العادة . فهى مجرد شرط من شروط العقد .

كما يرى البعض . ويجب على من يتمسك بها أن يثبت وجودها واتجاه إرادة الخصوم فى النزاع إلى العمل بها .

٣- لا يجوز التذرع بالجهل بالقاعدة العرفية . كما هو الحال فى عدم جواز الإعتذار بالجهل بالقاعدة التشريعية . أما فى العادة الاتفاقية فإنه يجوز لأحد الخصوم الإدعاء بالجهل بها . ويقبل اعتذارة . حيث لم تصل إلى مرتبة القاعدة القانونية .

٤- فى مجال الرقابة القضائية التى تباشرها محكمة النقض يخضع القاضى فى مجال القاعدة العرفية لنطاق تلك الرقابة . أما العادة الإتفاقية فهى من قبيل الواقع الذى يستقل بتقديره قاضى الموضوع دون معقب . وبالتالى لا رقابة لمحكمة النقض عليها .

الفرع الرابع

دور العرف فى القانون المصرى

النص التشريعى :-

ورد نص المادة ٢/١ مدنى " . . . فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه . حكم القاضى بمقتضى العرف فإذا لم يوجد . . . إلخ النص " .

وبإمعان النظر فى هذا النص سالف الذكر . يثور التساؤل التالى . ما هو دور العرف فى القوانين المختلفه . وبالبحث والإستقصاء فى فروع القانون المختلفة . نجد أن العرف يلعب دوراً فاعلا فى القانون الدولى العام والقانون الدستورى والقانون التجارى . ثم نجد أنه يقل نشاطا فى مجال القانون المدنى . وينعدم دوره فى القانون الجنائى . وفى عجالة سريعة سوف نعرض للدور الفاعل والقليل للعرف فى فروع القوانين المختلفة .

اولا :- الدور الفاعل للعرف :-

أ- دور العرف فى القانون التجارى :-

نظرا لأن هذا المؤلف مدرسى فقط ، فإننا نختصر هذه الأدوار . فلا يتسع المقام لذكر دور للعرف فى القانون التجارى . ومن أمثلة ذلك :- قد ورد نص المادة ٢٧٩ مدنى " التضامن بين الدائنين أو بين المدنيين لا يفترض وإنما يكون بناء على نص فى القانون أو بناء على إتفاق " .

وحيث أن المشرع قد نص صراحة على عدم افتراض التضامن فى المسائل المدنية إلا إذا كان يوجد اتفاق بين المتعاقدين أو يوجد نص فى القانون يلزم المدنيين بالتضامن كما هو الحال فى تضامن المدنيين فى المسئولية التقصيرية . فنجد أن العرف التجارى يوجب هذا التضامن فى كل الأحوال ولا يشترط وجود اتفاق أو نص فى القانون . وكذلك الحال فى الاعتداد بحسن النية فى عدم جواز الاحتجاج بالدفوع على حامل الورقة التجارية . وهكذا .

ب- دور العرف فى القانون الدستورى :-

بادئ ذى بدء ننوه إلى أن العرف له دور ملحوظ فى الدساتير غير المكتوبة فقط . بينما يتضائل دوره فى الدساتير المكتوبة . ومن أمثلة ذلك . ما كانت تنص عليه المادة ٤٣ من دستور ١٩٥٦ " أن الدولة تحمى حرية القيام بشعائر الأديان والعقائد طبقا للعادات المرعية فى مصر . على أن لا يخل ذلك بالنظام العام والآداب العامة.

جـ- دور العرف فى القانون الإدارى .

وكما ذكر البعض أن القاعدة التنظيمية عندما يتم مخالفتها . فإنها تعتبر مخالفة قانونية . فالمخالفة ليست قاصرة على كل قاعدة جرت عليها الإدارة اتخذتها منهجا لها . فقواعد القانون الادارى تكتمل عن طريق التشريع . ونذكر حكما لمحكمة القضاء الادارى فى ١٩٥٠/٥/٤ السنة ٣١ رقم ٧٢ . " إذا كانت هناك لائحة لاتزال مشروعا لم يقنن ورغم ذلك اتبعتها الجامعة وطبقتها بإطراد . فإنها تصبح قاعدة تنظيمية عامة ومخالفة تلك القاعدة تعد مخالفة قانونية.

د- دور العرف فى القانون الدولى العام :

يلعب العرف دورا فاعلا فى مجال القانون الدولى العام . بإعتبار أنه لا يوجد هيئة تشريعية تملك سن القوانين مثل الهيئة التشريعية فى داخل الدولة .

ثانيا :- الدور غير الملحوظ :-

أ- دور العرف فى القانون المدنى :-

لما كان العرف المصرى فى نطاق المعاملات المدنية يوجب اعتبار كل ما يوجد من آثاث للزوجية هو ملك للزوجة عند المسلمين إلى أن يقوم الدليل على خلاف ذلك ونجد أن المشرع يلجأ فى البعض الأحيان مثل المادة ١٤٣ مدنى فى مسائل العرف لتحديد ماهية مستلزمات العقد . وكذلك التزام المستأجر بإجراء الصيانة للعين المؤجرة حسبما يوجد العرف الجارى . لكن دور العرف فى القانون المدنى محدود إلى حد ما . وهذا يعزى إلى أن التشريع يتطور حاليا بصورة تكاد تقوم بسد الثغرات القانونية فى التشريع العادى .

ب- دور العرف فى القانون الجنائى :-

تبرز فى وضوح تام أن العرف لا يلعب أى دور فى نطاق القانون الجنائى المصرى حيث أن القاعدة الدستورية الجنائية . وهى مبدأ الشرعيـة الجنائية " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص " . ومن ثم وكان العرف لا ينشئ جريمة ولا عقوبة . من ثم فإن دوره يتضائل بل يكاد يكون معدوما .

الفرع الخامس

مزايا وعيوب العرف

من خلال دراستنا السابقة يتضح أن للعرف مزايا وعيوب نعرضها كما يلى :-

أولا : مزايا العرف :-

١- يعتبر العرف أصدق القواعد القانونية تغييرا عن رضاء الجماعة . فهو ينشأ نتيجة رغبات متوافقة تبحث عن اعتياد الأفراد على سلوكهم قد ألفوا عليه . واعتقدوا فى ملزوميته . فهو تعبير أصيل عن إرادة الأفراد داخل الدولة .

٢- للعرف دور هام فى الحياة التشريعية . فكثيرا يغم على المشرع نفسه الوصول إلى حلول للنزاع المعروض . فالعرف قد يكون مكملا للتشريع أو معاونا له أو مخالفا له .

ثانيا : عيوب العرف :

١-لما كان العرف ينشأ عن اعتياد الأفراد على سلوك معين

فترة طويلة من الزمان وهذا هو الركن المادى فى العرف . فقد يصعب عندما تتغير الظروف الإجتماعية لمواجهة هذه الظروف . على خلاف التشريع فإنه ملاحق للتطورات الحديثة . فالعرف هنا يعاب عليه ما يعرقل مصالح الجماعة الحديثة .

٢- يؤخذ على القاعدة العرفية الغموض وصعوبة الإثبات كما سبق القول . فالزمان الذى اتبع فيه الأفراد سلوكيات وعادات معينة . قد امتد إلى أجيال متعاقبة .

ويصعب معه هو إثبات هذه القاعدة العرفية . كما أن الركن المعنوى فى العرف الذى يخوله صفة الإلزام ويضفى عليه صفه القاعدة القانونية . هو عنصر نفسى فى الغالب الأعم من الأحوال .

٣- قد يكون العرف خاصا بإقليم معين . فتتعدد القوانين بتعدد الأعراف . مما يصعب معه وضع وحدة واحدة للنظام القانونى الواجب التطبيق فى داخل الجماعة وهذا ليس فيه صالح عام لهذه الجماعة . إذ أن مصلحة الجماعة هى وحدة القانون على إقليم الدولة.

المطلب الثالث

قواعد الدين

" مبادئ الشريعة الإسلامية "

النص التشريعى :-

جاء نص المادة ٢/١ مدنى " . . . يحكم القاضى بمقتضى العرف فإذا لم يجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية .

وبإمعان النظر فى هذا النص نجد أن الشريعة الإسلامية هى المصدر الثالث من مصادر التشريع المصرى . يلجأ إليه القاضى عندما لا يجد حلولا للنزاع فى التشريع أو العرف . وبصدور المادة الثانية من دستور جمهورية مصر العربية الدائم فى عام ١٩٧١ والتى جاء نصها " أن الإسلام دين الدولة الرسمى ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع . . . . " . ويثير البعض نقدا لفظيا إلى هذه الصياغة سالفة الذكر (١) . بأن المشرع الدستورى جعل للدولة بأعتبارها شخصا معنويا دينا على خلاف الواقع والطبيعة

---

(١) أنظر د/ سمير تناغو السابق ص ٢٦١.

. حيث أن الدين يعتنقه الأشخاص الطبيعيين فقط دون الأشخاص الإعتبارية . ولكن هذا النص لم يطبق حتى الآن فباستعراض أحكام القضاء . فلم يعثر على حكم واحد طبقت فيه المحاكم مبادئ الشريعة الإسلامية . باعتبارها المصدر الرئيسى للتشريع .

ولكن الواقع عملا ، أن العرف استغرق كل أحكام الشريعة الإسلامية . لأن قواعد ومبادئ هذه الشريعة صارت ملزمة فى أعراف الجماعات والأجيال المتعاقبة . بحيث أحتجب هذه الأحكام عرفا يعوق النظر عن الديانة ومن ثم كان حريا بالمشرع المصرى ألا ينص على العرف باعتباره مصدر تالى للتشريع ويكتفى بالرجوع إلى المبادئ العامة للشريعة الإسلامية . وذهب البعض (١) إلى أن النص سالف الذكر هو دعوة للمشرع بأن تكون الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريعات . وأنه لا يجوز الخلط بين التزام القضاء بتطبيق القانون الوضعى وبين إشتراط القواعد فى حدود ولايته . ولكن يثور التساؤل حول ما المقصود يكون مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً التشريع . ؟ ذهب البعض إلى أن المقصود بها (٢) هو المبادئ العامة

---

(١) أنظر د/ حسام الأهوانى السابق ص ١٨٣.

(٢) أنظر د/ حمدى عبدالرحمن السابق ص ٢١٥.

الكليـة الواردة فى المذاهب الأربعة دون الحلول التـفصيليـة . وعلى هذا فـإن القاضى يرجع إلى المبادئ العـامة . ودون التقـيّد بمـذهب معـين . والقـاضى فى إجتـهاده عليـه أن يقرب بين أحكام الشريعة الأسلامـيـة والقـانون المدنى . ولعله يتـضح مـمـا سبق أن المـشـرع الدستورى جعل الشريعة الأسلامية المصدر الرئيسى للتشريع . هو أن الديانة الغالية فى مصر هى الإسلام . ولايعقل منطقا وعقلا الإعتداد بالعرف كمصدر سابق على مبادئ الشريعة الإسلامية فى دولة دينها الرسمى الإسلام . ولكننا نرى فى خصم هذا التحليل آنف البيان . أن معظم أحكام العرف مستوحاه من مبادئ الشريعة الإسلاميـة الكلية . فـالدين الإسلامى دين الفطره . ومـا يفـعله الناس فى حيـاتهم هو مـا استقرت عليـه ضمائرهم ونشأ فى الإعتقاد لديهم " أن هذه المعاملات والقواعد المتعـارف عليها أصبحت ملزمة . وهنا ننادى بصوت عـال للمـشرع فى تعديل نص المادة الأولى من القـانون المـدنى المـصرى يجعل مبادئ الشريعة الإسلامية هى المصدر الأول للتشريع سواء فى مسائل الأحوال الشـخصـيـة كمـا هو المـعـمـول به الآن . حيث تحتل قـواعـد الدين المـصـدر الأول للتـشـريع بهـا وكـذلك الحـال فى مـسائل الأحوال العينية . ومعظم الدول العربية مثل الأردن وليبيا تنص على

اعتبار الشريعة الإسلامية مصدر تالى للتشريع وسابق على العرف[1].

وقضت محكمة النقض فى أحد أحكامها [2] " أنه لا يجوز الرجوع إلى المذهب الحنفى فى مسائل الوقف فى الأحوال التى ينص فيها القانون الوضعى على قواعد خاصة . وإذ صدرت تشريعات متعاقبة خاصة بالوقف فإنها تكون واجبة التطبيق . ولايلجأ إلى مذهب الحنفية إلا عند سكون هذه التشريعات عن مواجهة حالة معينة. ومما يجب الإشارة إليه أن مبادئ الشريعة الإسلامية فى مسائل الأحوال العينية تطبق على جميع المواطنين فى الدولة سواء كانوا مسلمين أو غير مسلمين . لأن مسائل الأحوال الشخصية تطبق شريعة كل دين على حدة ما عدا المسائل الموحدة مثل الميراث والوصية والوقف [3] . وقد ورد بالأعمال التحضيرية [4] أن المشرع أفصح عن قصدة من النص الدستورى سالف الذكر . بأن التنويه بمبادئ الشريعة الإسلامية لهو تجديد قصدا نحو حق هذه الشريعة

---

(١) أنظر نصوص المواد ١ من القانون المدنى الليبى والمادة ٢ من القانون المدنى الأردنى أورده حسام الأهوانى السابق ص ١٨٣ هامش ١ .

(٢) أنظر نقض مدنى ١٩٧٦/٣/٤ مجموعة أحكام النقض ص ٣٨٦.

(٣) أنظر للمؤلف الأحوال الشخصية لغير المسلمين عام ١٩٩٢ ص ١١٨ ، ١١٩ .

(٤) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ١٨٩.

ليس بوصفها مصدر تاريخى لقواعد التشريع فقط . إنما بوصفها مثالا ﷺ فريدا فى الصياغة المحكمة . فقد ابرزت الشريعة الإسلامية دورا خلاقا فى الكشف عن نظرية التعسف فى استعمال الحق . وحريا بالقاضى عندما يستلهم حكمه الرجوع إلى مذاهب الفقه المختلفة " .

ويضيف استاذنا الفاضل الدكتور / سمير تناغو فى مؤلفه القيم النظرية العامة للقانون " أنه من الواضح أن مبادئ الشريعة الإسلامية التى يرجع إليها القاضى هى المبادئ الكلية التى لا يوجد خلاف بشأنها بين المذاهب المتعددة . وهذه المبادئ لا تعدو أن تكون الأفكار الجوهرية الأساسية فى الشريعة الإسلامية . ورجوع القاضى إليها لا يعتبر تطبيقا لقواعد قانونية تفصيلية ولكنه إستلهاما للمبادئ العامة الكلية . وهذه الأخيره جزء من مبادئ الشريعة الإسلامية . وإذا وقع تعارض بين مبدأ عام وأخر . فإن المبادئ المستمدة من الشريعة الإسلامية تكون لها الأولوية على المبادئ المستمدة من القانون الطبيعى وقواعد العدالة .

المطلب الرابع

مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة

النص التشريعى :-

ورد النص على هذا المصدر فى عجز المادة ٢/١ مدنى مصرى " فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه . . . . فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة " باستطلاع هذا النص سالف الذكر نجد أن المشرع أحال إلى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة لحكمة تغياها وهى تفادى نص المادة ١٢٢ عقوبات التى نصت على " إذا إمتنع أحد القضاه فى غير الأحوال المذكورة عن الحكم يعاقب بالعزل وبغرامة لاتزيد على عشرين جنيها . . . إلخ النص " . كما أراد المشرع أن يتفادى صراع الفصل بين السلطات . فحين يسمح للقاضى بخلق قاعدة لإنهاء النزاع لم تكن موجودة فى مصادر التشريع على النحو الوارد فى نص المادة ٢/١ مدنى مصرى . فإن هذا يخالف الأحوال الدستورية . وفيه اعتداء على حق السلطة التشريعية . فأراد المشرع أن يخول القاضى تحت هذا المسمى سلطة خلق القاعدة القانونية بطريق مستتر فى الخفاء ويعن

لنا إبراز مفهوم مبادئ القانون الطبيعى . فكما ذهب البعض [١] أنه يقصد بمبادئ القانون الطبيعى " مجموعة القواعد التى يستخلصها العقل البشرى من طبيعة الروابط الإجتماعية " . أما قواعد العدالة فيقصد بها تحقيق العدل فى حالة خاصة . وذلك بتطبيقه على واقعة معينة أو حالة فردية ليكون الحكم المستمد منه مطابقا لظروفها الخاصة " . ويذهب البعض الآخر إلى أن الرأى الصحيح [٢] فى تحديد مفهوم مبادئ القانون الطبيعى هو الذى يذهب إلى الربط بين هذه المبادئ وبين الفلسفة العامة السائدة فى مجتمع معين . فالمبادئ العامة للقانون . هى الأفكار التى تصدر عن الفكرة العامة لوجود أدنى تصور عام للكون والحياة فى مجتمع معين . والتى تؤدى إلى استنباط مجموعة القواعد القانونية الوضعية التى تنظم سلوك الأشخاص فى المجتمع . ولعل أبرز المبادئ العامه للقانون الطبيعى التى أمكن للقضاء التوصل إليها لحل كثير من المنازعات

---

(١) أنظر د/ أبو زيد عبدالباقى ص ١٦١.

(٢) زنظر د/ سمير تناغو السابق ص ٢٤٧ ، ٢٤٨ ، حيث يرى أن خير مبادئ القانون الطبيعى تلك التى وردت فى الإعلان العالمى لحقوق الانسان الصادر فى ١٩٤٨/١٢/١٠ والتقسيمات المختلفة لحقوق الأفراد بين حقوق تقليدية وخقوق حديثة.

وإشاعة الثقة فى المعاملات بين الأفراد هى :- قاعدة الغلط الشائع يولد الحق . وقد ساهمت كثيرا فى خلق نظرية الأوضاع الظاهرة . وكذلك قاعدة الغنم بالغرم . وأيضا نظرية الظروف الطارئة . ونظرية تحمل التبعة . وعدم جواز الإثراء على حساب الغير . وحماية الملكية الفكرية . والتعسف فى إستعمال الحق . والعقد شريعة المتعاقدين . وفكرة تحول عقد الزواج الباطل إلى فكرة الزواج الظنى لحماية الأولاد الناتجين عنه . والأخذ بتظرية شركة الواقع عند بطلان عقد الشركة . ومما هو جدير بالذكر نوضح أن القاضى عندما يلجأ إلى هذا المصدر الرسمى الأخير . لا يلجأ إليه إلا عندما لايجد نصا أو حكما فى التشريع أو العرف أو الشريعة الإسلامية . والمحظور على القاضى مهما كانت هذه النصوص مبهمة غامضة فإنه يطبقها ولا يلجأ إلى هذا المصدر الاحتياطى الرسمى للأخذ به . وهذا هو نطاق هذا المصدر . ولعلنا نتساءل عن سبب إضافة المشرع لفظ العدالة مع مبادئ القانون الطبيعى فى صعيد واحد ؟ ذهب جانب من الفقه[1] إلى أن سبب ذلك يرجع أن المشرع المصرى يؤمن إيمانا

---

(١) زنظر د/ عبدالفتاح عبدالباقى ص ٦٠ فقرة ٣٣.

مطلقا بالقانون الطبيعى . والإيمان المطلق بالقانون الطبيعى كان يستوجب الإستغناء عن قواعد العدالة . فمبادئ القانون الطبيعى هى فى حد ذاتها هدفا إلى تحقيق العدالة بين الأفراد .

بينما ذهب البعض الأخر . إلى أن سبب ذلك يعزى إلى أن إستعمال قواعد القانون الطبيعى الثابتة التى لا تتغير لا تؤدى بذاتها إلى حل للحالات المسكوت عنها . ولهذا كان لابد من الإحالة لقواعد العدالة . أى كما يذهب البعض [1] إلى القواعد التفصيلية التى يستطيع القاضى أن يفرعها على تلك المبادئ الثابتة لتحقيق العدالة بمراعاة ظروف كل حالة على حده . بحيث يأتى الحل فى نهاية المطاف ملائما لظروف كل حالة على حدة .

---

(١) أنظر د/ حسام الأهوانى السابق ص ١٩٣.

المبحث الثاني

المصادر الإحتياطية

تمهيد :

لما كان المشرع المصرى حدد المصادر الرسمية للقانون فى نص المادة ٢/١ مدنى مصرى ولم يشير صراحة إلى وجود مصادر إحتياطيه . فلا يقف القاضى عند حد هذه المصادر الرسمية . حتى لايتعرض للعقوبة الواردة فى المادة ١٢٢ عقوبات لمصرى . فاستقرت أراء الفقه على وجود مصدرين احتياطيين هما :- الفقه وأحكام القضاء ويمثل الفقه الجانب العلمى . ويمثل القضاء الجانب التطبيقى الواقعى ، ومن ثم تأتى خطة الدراسة والبحث فى مطلبين يتناول المطلب الأول :- الفقه ويتناول المطلب الثانى :- أحكام القضاء .

المطلب الأول

الفقـــــه

ماهيته :-

يقصد بالفقه لغة :- فهم الشئ والعلم به . وفى لغة القانون كما ذهب البعض [(١)] يطلق على أحد معنيين . الأول :- يراد به مجموع الأفكار والأراء التى ينادى بها علماء القانون سواء كانوا أساتذة للقانون أو قضاه أو محامين أو رجال القانون بصفة عامة . والثانى : يراد به علماء القانون أنفسهم . فالعمل الفقهى كما ذهب أستاذنا الدكتور حسام الأهوانى [(٢)] يقوم على استنباط الأحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية . والفقة هو المظهر العلمى للقانون . إذ أن الفقيه دأب على البحث والدراسة . والفقه لا يضيق بخصوصية ولا يقف عند منعرج . بل يسير قدما إلى الأمام . ويتمشى مع التطور ويسابق الزمن . فالفقيه أوسع أفقا من القاضى .

---

(١) أنظر د/ أبو زيد عبدالباقى السابق ص ١٦٤.

(٢)أنظر د/ حسام الأهوانى السابق ص ٢٢٧.

بل وأسرع تأثرا بقوانين التطور [١]. وقسم أستاذنا الأهوانى الفقه إلى ثلاثة أجيال . النوع الأول :- الجيل المؤسس الذى تحمل على عاتقه الكتابة باللغة العربية إرساء دعائم اللغة القانونية المصرية . ومن أبرز علما ذلك الجيل الفقيه أستاذنا المرحوم الدكتور عبد الرزاق السنهورى باشا رحمه الله رحمة واسعة وجزاه الله عنا أفضل الجزاء فقد كتب لغير عصره . وتأثر به الكثير فى مجال القضاء أو الباحثين فى مجال الدراسات القانونية فيرجع إليه الفضل فى صياغة القانون المدنى بلغة عربيه صحيحة . وتشهد مجموعة السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى والتى تقع فى عشرة أجزاء . لا يكاد يخلوا منها مكتبة قاضى أو باحث علمى . ثم يأتى الجيل الثانى . والذى بدأ منذ عام ١٨٧٥ وهو تاريخ إنتهاء القضاء المختلط فى مصر . وقد وضعت التقنينات المختلفة . وقد اكتفى هذا الجيل بوضع التقنينات المصرية فقط . والجيل المعاصر الذى تحمل العبء الأكبر وخاصة فى مراحل عصر الثورة الرقمية والتكنولوجيا المتقدمة وانعكاساتها على منظور الحياة القانونية وإنفتح هذا الجبل على الفقه الفرنسى - والألمانى والإيطالى والانجليزى والأمريكى . وإن

---

(١) أنظر د. السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى طبعة نادى القضاة عام ١٩٨٦ ص ١١٦ رقم ١٠٣.

مال فى الاونة الحديثة للفقه الأمريكى .

ويعتبر من أعمال الفقه . المجلات العلمية التى يساهم فى إعدادها أساتذة القانون والباحثين بما يتم نشرة من تعلقيات على الأحكام ومقالات وأبحاث علمية زاخره وكذلك المؤلفات الفقهية التى يتولاها أساتذه القانون والقضاه والمحامين وغيرهم من ذرى الخبره فى مجال التأليف . وكذلك المجلات العلمية التى تصدر عن نادى القضاه ونقابة المحامين وهيئة قضايا الدولة . ورسائل الدكتوراه والماجستير . والفتاوى الصادرة عن قسم الفتوى فى مجلس الدولة المصرى .

دور الفقه كمصدر للقانون فى مصر :-

اولا : دوره فى مجال الشرعية الإسلامية :

نعلم سلفا أن الشريعة الإسلامية مرت بمراحل ثلاثه . المرحلة الأولى :- وهى عصر النبوه فكان القرآن هو الدستور الأول لإستظهار الأحكام الشرعية . ثم يليه السنة النبوية الشريفة .

فالرسول صلى الله عليه وسلم كان ينزل عليه الوحى فى كل

مسألة يسأل فيها وأصحابة لوضع دستور الإسلام . فلم يكن للفقه دور ملحوظ فى هذه المرحلة . وتأتى المرحلة الثانية :- منذ عهد الخلفاء الراشدين وبعد موت الرسول صلى الله عليه وسلم . ونشط دور الفقه فى تلك المرحلة الثانية لانقطاع الوحى . ووجد مدرستين للفقه . الأولى يطلق عليها مدرسة أهل الحديث . والثانية يطلق عليها مدرسة أهل الرأى . وظهر فى هذه المرحلة أيضا أدلة شرعة جديدة وهى الإجماع والقياس . ثم نختم المرحلة الثالثة :- وقد دون الفقه . وظهرت المذاهب الأربعة المعمول بها حتى الأن لدرجة أن المشرع أوجب على القاضى فى مسائل الأحوال الشخصية أن يحكم بأرجح الأقوال فى مذهب الحنفية وهذه المذاهب هى : - الحنفية - الشافعية - الحنابلة - المالكية . وأثرت هذه المذاهب مجال الشريعة الإسلامية فى استنباط الأحكام العملية فى المسائل العمومية ثانيا : فى مجال القانون الوضعى :-

لما كان المشرع المصرى قد حصر مصادر القانون فى المادة ٢/١ سالفة الذكر . وهى مصادر رسمية يتعين على القاضى الإلتزام بها . ولكن الواقع العملى يشهد أن . هناك العديد من المشكلات

العملية المستعصية يقف عندها فكر القاضى ، فلابد له من الإستعانه بما كتب فيها من مؤلفات الفقه . فالفقه كما سبق القول لا يضيق بخصوصية ولا يقف عند منعرج . بل يسير قدما إلى الأمام . ويتمشى مع التطور ويسابق الزمان . فالفقيه أوسع أفقا من القاضى . فلابد للقاضى حتى يصل إلى تطبيق سليم للنص الذى يحكم النزاع . فعليه الإسترشاد بالفقه . فهو بمثابة النور له فى ظلمات كاحلة السواد . فالفقيه يجلس فى محرابه الهادئ الوقور ، والقلم فى يده حر طليق . أما القاضى فهو لايزال حبيس نص القانون . فالفقه مازال مصدرا إستثنائى يرجع إليه القاضى عندما يريد الوقوف على مسألة ما ولا يقف القاضى عند رأى فقيه معين مهما كانت له حظوه علمية مثل السنهورى . والمشرع نفسه يحتاج الفقه أكثر من القاضى . فلجان اعداد التشريع سواء فى المجلس النيابى أو فى مجلس الوزراء أو فى الوزارات المختلفة تحتاج إلى فقهاء متخصصين . والدراسات الفقهية لها أثر فى تعديل التشريعات وتصحيح المخالفات الدستورية ، فعندما يأن قلم الفقه فى مخالفة دستورية وتنشر وتطرح على جهات القضاء . فإن الرأى يتناولها بالتعديل التشريعى من جانب المشرع نفسه . وهذا ما شهدناه فى هذه الاونة الأخيرة فى بداية

الألفية الثالثة . وبعد إنقضاء القرن العشرين وخاصة فى مجال المساكن . فقد نادى الفقه فى مؤلفات عديدة [١] بعدم دستورية نص المادة ٢٩ من قانون المساكن ٤٩ لسنة ١٩٧٧ . وقد إنصاع المشرع نفسه وعدل النص وغيره من النصوص التشريعية فى مجال الإسكان والإصلاح الزراعى والخاصة بالتعويض عن الضرر الزائد على الحد الأقصى للملكية الزراعية فى مصر . ويساهم الفقه مع المشرع فى وضع اللوائح التنفيذية . التى تصدر تنفيذا لنصوص عامة التطبيق . فالأبحاث والشروح التى يقوم بها الفقه فى مصر . لا يقف عندما هو كائن بالفعل وإنما لما ينبغى أن يكون . فقد شهدت آونة العصر الحديث . أبحاث عن الإنجاب الصناعى والتجارة الإلكترونية - والإثبات الإلكترونى - وحماية الكيانات المنطقية - والملكية الفكرية وبراءات الإختراع - وحماية الأصناف النباتية . وحماية البيئة من الأضرار التكنولوجية كل هذه الأبحاث تساهم وتبرز الضوء الأخضر أمام المشرع والقاضى فى وضع التشريع وحسن تطبيقه .

---

(١) أنظر د/ سمير تناغو السابق ص ٤٨٩ .وللمؤلف امتيازات القرابة فى نطاق التشريع الخاص عام ١٩٩٣ ص ١٢ - ١٨

المطلب الثانى

القضـــاء

بادئ ذى بدء تنوه إلى أن هناك العديد من التساؤلات الجديدة بالبحث عنها فى هذا المجال . وهى . ما المقصود بالقضاء كمصدر من مصادر القانون . وهل للقضاء دور فى إنشاء القواعد القانونية وما هى المعطيات التى تقف حجر عثرة فى وجه القضاء ؟

وسوف نتولى تباعا تفصيل هذه المسائل الهامة فى نطاق التحليل التالى :-

أ- القضاء كمصدر للقانون فى التشريع المصرى :

إيذاء صراحة نص المادة ٢/١ مدنى مصرى الذى أورد مصادر القانون صراحة ، وهى على القاضى عند بحثه عن حل للنزاع المعروض عليه . البحث أولا فى قواعد التشريع بنوعية سواء التشريع الدستورى أو العادى . ثم فى قواعد العرف . ثم فى قواعد مبادئ الشريعة الإسلامية . ثم فى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة . ولم يجعل المشرع المصرى القضاء مصدر فى هذا الترتيب

. بل خول القاضى سلطة مقنعة فى إيجاد حلول فورية من مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة حتى يتفادى نص العقاب الوارد فى المادة ١٢٢ عقوبات . وهى جريمة إنكار العدالة ولا يقصد بالقضاء كمصدر للقانون السلطة القضائية بكامل تشكيلها من محاكم على درجات مختلفة وقضاه وتعيينهم وندبهم وتنقلاتهم . وإنما يقصد بالقضاء فى هذا المجال مجموعة المبادئ القضائية التى استقرت عليها أحكام المحاكم وعلى رأسها محكمة النقض المصرية التى توجت العمل القضائى بالزاخر من الشروح فى مراقبة صحة تطبيق القانون . والمتمعن فى نص المادة ٢/١ مدنى مصرى . . نجد أن المشرع المصرى نفسه وكما ذهب البعض [١]. إعترف بوجود نقص فى التشريع المصرى . وأمر القاضى أن يلجأ إلى العرف إذا لم يجد نصا فى التشريع . وإذا لم يجد فى العرف يلجأ إلى مبادئ الشريعة الإسلامية . وإذا لم يوجد نص أحال القاضى إلى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة . أى على القاضى أن يجتهد برأيه . أى يقوم ببحث علمى عن الحل العادل . فالقاضى هنا يخلق الحل . وهو يستوحى فى هذا الخلق نفس الأفكار التى يستهدى بها المشرع

---

(١) زنظر د/ سمير تناغو السابق ص ٤٨٩.

عندما يعرض أمامة مشكلة ما . والقاضى وهو يقوم بتلك المهمة يخلق حلا فوريا لا تكون له حجيته إلا فى النزاع الذى فصل فيه فقط . ولكنه إذا طبقته محاكم أخرى فى منازعات أخرى فإنه يساهم فى إنشاء قاعدة قانونية ولكن بطريق غير مباشر . ولكن يذهب البعض[1] أنه ليس هناك مانع أن يكون القضاء بناء على حكم فردى واحد وخاصة إذا كان صادرا من محكمة النقض باعتبارها المحكمة العليا . وأنه إذا كان المتصور من الناحية الفنية أن تكون القواعد القانونية العامة من الحلول الجديدة التى تصدر عن المحاكم فى المنازعات التى لا يوجد بشأنها حكم فى مصادر القانون الوضعى . فإنه يبقى بعد ذلك إثبات أن إنشاء القواعد القانونية عن طريق القضاء لا يتعارض مع المبادئ الدستورية وخاصة مبدأ الفصل بين السلطات ولكن هذا الاتجاه لايمكن التقيد به فى كل الأحوال . فحتى الحلول الفردية الصادرة عن محكمة النقض باعتبارها المحكمة العليا ليس له دور الإلزام الإجبارى على المحاكم الدنيا . بل إنه التزام المحكمة الدنيا بأحكام محكمة النقض ليس إلا التزاما أدبيا

---

(١) زنظر د/ سمير تناغو السابق ص ٤٩١.

ولا ينشئ هذا الالتزام الأدبى أى حجية للحلول الفردية التى يأتى بها . ويضيف صاحب هذا الإتجاه أن دراسة مصادر القانون لا تبحث فى مضمون القاعدة القانونية من حيث هى بل بما ينبغى أن يكون . ولكنها تبحث فى واقع هذه القاعدة . فالاعتراف بالقضاء كمصدر للقانون هو تقرير لأمر واقع . وأنه من غير المقبول أن يكون نص المادة ٢/١ مدنى فيه تأثير على الشراح بما يمنعهم من القيام بواجبهم العلمى فى إثبات مصادر القانون الوضعى الحقيقية . فتحديد مصادر القانون هى مسألة علمية من صميم إختصاص الفقهاء والواقع يشهد أن القضاء مصدر رسمى من مصادر القانون الاداري . بل هو الغالب الأعم . فالقانون الإدارى قانون من صنع القضاء . وهو يحتل المرتبة الممتازة مثل التشريع فى القانون المدنى. ولكننا لا نحبز هذا الاتجاه فيما ذهب إليه . حتى وإن كان القضاء مصدر للقانون الإدارى . فإنه ليس هو القانون الوحيد المطبق والعيره بغالبيه القوانين . فهل كل القوانين المطبقة حاليا فى مصر مصدرها القضاء . ؟

ب- العوائق التى تقف أمام القضاء كمصدر للتشريع :

يقف أمام القضاء عدة عثرات تقلل من دوره كمصدر من مصادر القانون فى مصر . وسوف نتولى بحثها كما يلى :

١- مبدأ الحجية النسبية لقوة الأمر المقضى :-

نعلم علما يقينيا أن الحكم الصادر من أية محكمة . لايطبق الإ على ذات خصوما . ولا يمكن أن يطبقه قاضى آخر على دعوى مشابهه ، وذلك إعمالا لقاعدة الاثر النسبى للأحكام فهى حجة قاصرة على من كان طرفا فيها . ولا يجوز لخصوم الدعوى المشابهة المطالبة بإعمال مفهوم الحكم السابق فى مواجهتهم . وكما ذهب البعض [١] أنه إذا كان الحكم لا يتمتع بحجية إلا بصدد النزاع الذى تصل فيه فلا يمكن أن تنشأ قاعدة عامة من أحكام المحاكم . ولايمكن الأخذ بنظام الحكم الجماعى الذى يفصل جملة واحدة فى عدد من القضايا المشابهة المعروضة على القاضى .

---

(١) أنظر د/ حسام الأهوانى السابق ص ٤٩٢.

٢- عدم النص الصريح على سلطة القضاء كمصدر للقانون:

عندما ندقق النظر فى نص المادة ٢/١ مدنى والتى جاء نصها " . . . . فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه . حكم القاضى بمقتضى العرف . فإذا لم يوجد فيطبق مبادئ الشريعة الإسلامية . فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة " .

نجد أن المشرع حصر على سبيل الحصر وليس على سبيل المثال مصادر القانون التى يتعين على قاضى الدعوى الولوج إليها فى ترتيب محدد أولا : التشريع . ثانيا : العرف. ثالثا : مبادئ الشريعة الإسلامية . رابعا : مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة . ولو أراد المشرع أن يكون القضاء كمصدر للتشريع . فليس هناك مانع يمنعه من النص على ذلك ولا يمكن القول أن اخر النص خول للقاضى سلطة التشريع بصفة غير مباشرة عندما أحال القاضى إلى استنباط الحكم من مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة فهذه المبادئ موجودة سلفا وليس للقاضى سوى دور الكشف عنها . وإنما لا يخلق قواعد جديدة . . وذلك لأن القواعد القانونية يجب أن

تتصف بالعمومية كما سبق القول .

٣- مبدأ الفصل بين السلطات : -

إن مقتضى الفصل بين السلطات هو ألا تكون السلطة المطبقة هى ذات السلطة التى تنشئ القواعد القانونية . بحيث لا يمكن الوقوف على القانون الواجب التطبيق مقدما . وهذا يؤدى إلى عدم الاستقرار والزعزعة فى المعاملات فمبدأ الفصل بين السلطات وسيلة لتخفيف عمومية القواعد القانونية . ويرى البعض [١] أن هذا المبدأ لا يمكن الأخذ به مدى الحياة . فالسلطة التشريعية لابد أن يكون عملها ناقص . فتبعا لذلك يتعين . وجود الجهاز القائم بالتطبيق لسد هذا النقص وإلا عد القاضى منكرا للعدالة ويؤدى فى النهاية إلى إنكار القانون . ولكن هذا القول لايمكن الأخذ به رغم وجاهته الظاهرية . فعند وجود نقص أو ثغرة فى التشريع . فلبس هناك مانع أمام السلطة التشريعية من تعديل التشريع بما يسد هذه الثغرات القانونية . وهذه من أهم مزايا التشريع أنه يلائم التطور الحديث . كما سبق أن ذكرنا سلفا عند الحديث عن مزايا التشريع .

---

(١) أنظر د/ سمير تناغو السابق ص ٤٩٣.

ومن ثم فلا داعى لاقحام السلطة القضائية فى دور التشريع . وذلك حتى يمكن الحفاظ على مبدأ دستورى هام فى الحياة القانونية . وهو مبدأ الفصل بين السلطات . وفى فرنسا منذ الثورة الفرنسية . حرصت هذه الثورة على منع صياغة الأحكام فى صورة أنظمة إحتراما لمبدأ الفصل بين السلطات .

رأينا الخاص فى الموضوع :-

رأينا سلفا من خلال هذا الإستعراض للقضاء وكمصدر للقانون وأنه يمكن أن ينشئ القاضى قاعدة قانونية رغم العقبات التى تقف أمامه حجر عثرة . فإن هذا القول ينقصه الكثير من قواعد التأصيل القانونى السليم وذلك على النحو التالى :-

أ- أن القاعدة القانونية حتى تصبح ملزمة للكافة لابد أن تنشر فى الجريدة الرسمية وتوزع على جميع إقليم الدولة حتى يفترض العلم بها . فعندما تطبق ذلك على قاعدة قانونية من صنع القضاء . فإنه لا يتوافر بها هذه الصلاحية . فالأحكام والمبادئ التى تصدر من المحكمة العليا ومحكمة النقض لا تطبع ولا تنشر إلا بعد مرور سنوات وهنا نشاهد أن المكتب الفنى لمحكمة النقض والمنوط به

عملية تتويب ومراجعة هذه المبادئ لا يزال يعمل حاليا فى الأحكام والمبادئ التى صدرت منذ عشر سنوات تقريبا . وطالما أنها لم تنشر لم يكن يضفى عليها صفة الإلزام .

ب- إن كثير من المبادئ القضائية يتم العدول عنها . فهنا يثور السؤال هل هذه المبادئ مازالت معمول بها ؟ إذ أن القاعدة القانونية من سمتها الإستقرار والثبات .

جـ- يعيب القاعدة القانونية القضائية عدم الإتصاف بالعمومية والتجريد . وهذه أخص خصائص القاعدة القانونية . فهى تنشئ من أجل واقعة معينة بين خصوم محددين . ومن ثم فلا تصلح قاعدة عامة التطبيق فى كل زمان ومكان .

د- المتقاضى يعلم مقدما القاعدة التشريعية التى لا تزال مطبقة أما القاعدة القضائية فلا علم للمتقاضى بها . فهى تقيد المنازعات الإحتمالية فى المستقبل . أما القاعدة التشريعية فهى توضع قبل نشأة النزاع .

كل هذه المسالب سالفة الذكر لا ترشح بوجود دور للقضاء فى خلق القاعدة القانونية

الفصل الرابع

صياغة وتفسير وإلغاء القاعدة القانونية

تمهيد :-

لما كانت القاعدة القانونية تعبر عن الأفكار والخصائص التى هى أسس يقوم عليها التشريع . من ثم يعين الوقوف على هذه الأسس . ولن يتأتى ذلك إلا بمعرفة طرق صياغة هذه القواعد التشريعية . هل فى صورة جامدة أم فى صورة مرنة . ثم إذا غمض حكم هذه القاعدة فكيف يمكن الوقوف على روح هذا التشريع ونحواه . ثم إذا عن لنا إلغاء هذه القواعد . فكيف يمكن الوقوف على طريقة هذا الإلغاء . هل بصفة صريحة أم ضمنية . ومن هنا تأتى خطه الدراسة والبحث فى هذا الفصل متقسمة إلى ثلاث مباحث رئيسية هى :- المبحث الأول : صياغة القاعدة القانونية . والمبحث الثانى:- تفسير القاعدة القانونية ، والمبحث الثالث : إلغاء القاعدة القانونية .

المبحث الأول

صياغة القاعدة القانونية

تمهيد :-

لما كانت القاعدة القانونية هى عبارة عن مجموعة من الألفاظ والمصطلحات . فلابد لإقامة هذا البناء للقاعدة القانونية من توافر أدوات لازمة لذلك . فهى بمثابة البناء وكل بناء يلزم له أدوات معينة لتشييده . أى توافر المواد الأولية فى البناء . أطلق الفقه على تلك الأدوات أشكال الصياغة القانونية منها ما يتعلق بالشكل سواء كان للإثبات أم للإنعقاد . أى لتوافر صفة الالتزام أو الجبر فيجب توافر مظاهر خارجية فى اللفظ حتى تأتى القاعدة مكتملة البناء . وأشكال الصياغة كثيره منها العمومية والمرونة والجمود . ولكن هناك طرق للصياغة قد تكون جامدة وقد تكون مرنة . ومن هنا نبدأ نقطة الإنطلاق فى هذا المبحث بالحديث عن طرق الصياغة فى مطلب أول . ثم تتبع ذلك فى مطلب ثانى :- أشكال الصياغة القانونية بصفة عامة كل هذا فى نطاق القواعد التشريعية . فهى القواعد المكتوبة التى يمكن أن تكون محلا للصياغة .

المطلب الأول

طرق صياغة القاعدة التشريعية

يوجد نوعان للصياغة [1] هما :

١- الصياغة الجامدة :-

يقصد بالصياغة الجامد أن توضع القاعدة القانونية التشريعية فى قالب محكم الصياغة بحيث لا يستطيع المخاطب بتلك القاعدة التحلل منها سواء فى فرضها أو حكمها . ومثال ذلك المادة ١/٤٤ مدنى مصرى " كل من بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوق المدنية . وسن الرشد إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة . فعند بلوغ هذه السن . فإنه لابد أن يكون الشخص بالغا طالما لم يعتره سبب يعوق ذلك . كما لو كان هناك سبب من أسباب نقص أو انعدام للأهلية القانونية . وقدره المشرع برقم معين محدد لا لبس فيه ولا غموض سن ٢١عام ميلادى غير قابل للتجديد أو التحوير أو التعبير لبلوغ سن الإدراك والتمييز

(١) أنظر د/ حسام الأهوانى السابق ص ١٣٣.

وهذا الطريق من طرق الصياغة القانونية يحقق الإستقرار . ويسهل تطبيق القاعدة القانونية .

٢- *الصياغة المرنة* :-

ويقصد بها كما ذهب البعض (١) أن يكون الفرض والحكم غير محددين . ومثال ذلك ما ورد فى نص المادة ١٣٦ مدنى " إذا لم يكن للإلتزام سبب أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الأداب العامة كان العقد باطلا " . فهنا افترض المشرع أن سبب الإلتزام المخالف للنظام العام أو الأداب العامة يجعل العقد باطلا . ولكن ترك للقاضى بحث مدى من مخالفة سبب للإلتزام للنظام أو الأداب العامة . وهذه الصياغة المرنة تترك الأمر بيد القاضى لبحث مدى تلك المخالفة للحكم ببطلان هذا العقد .

وكذلك نص المادة ١٤٣ مدنى " إذا كان العقد فى شق منه باطلا أو قابلا للابطال فهذا الشق وحده هو الذى يبطل . . . إلخ النص " . يتضح من هذه الصياغة أن المشرع ترك الأمر بيد القاضى فى عقد كون الشرط باطلا أو قابلا للإبطال . وهذه صياغة مرنه تمكن القاضى فى كل الأحوال من تطبيق العدالة الواقعية وليس

(١) أنظر د/ سمير تناغو السابق ص ٣٦٤.

العدالة الشكلية . ولكن يؤخذ عليها تحكم القاضى فى تفسير القواعد بما يخرج القاعدة القانونية عن مدلولها الواضح . كما تجعل القاعدة القانونية مشوبة بعدم الإستقرار وعدم الطمأنينة .

المطلب الثانى

اشكال الصياغة القانونية

للصياغة أشكال متعددة . يصعب حصرها فى هذا الوجيز الدراسى . بل يجب تخصيص مؤلف خاص بها . وعلى العموم سوف نعرض لأهم هذه الأشكال على النحو التالى:

اولا :- التقنين :-

يقصد به[١] تجميع النصوص القانونية التى تنظم فرعا بأكمله من فروع القانون . مثل قواعد التقنين المدنى - والجنائى والتجارى الضرائب . ولابد أن يقوم بهذا العمل السلطة التشريعية المختصة . ويحتاج هذا العمل إلى مجهود شاق ، ومن ثم فهو يأتى على قمة الصياغة القانونية وتجميع القواعد القانونية على هذا النحو . لايقتصر على تنظيم موضوع معين . بل ينظم جميع الموضوعات التى تتعلق بقسم من أقسام القانون . بما يقتضى التنسيق بينها طبقا لخطة معينة بحيث لا يكون هناك تعارض بين القواعد القانونية

---

(١) أنظر د/ سمير تناغو السابق ص ٣٦٥.

المختلفة . ولكن لا يعتبر تقنينا ما يقوم به أحد الفقهاء أو العلماء أو رجال القانون عموما من تجميع القواعد القانونية المتعلقة بفرع من فروع القانون .

وقد بدأت حركة التقنين فى مصر منذ عام ١٨٧٥ عندما تم إنشاء المحاكم المختلطة وكانت معظم التقنيات مأخوزه عن التشريع الفرنسى مع بعض أحكام الشريعة الاسلامية تصدر فى هذا التاريخ التقنين المدنى المختلط - تقنين التجارة البحرية والبرية والمرافعات والعقوبات وتحقيق الجنايات . ثم عندما ألغيت الإمتيازات الأجنبية فى مصر فى عام ١٩٤٩ . فقد صدرت تقنينات جديدة . أهمها التقنين المدنى المصرى . ولازال هناك أمل منشود فى تقنين الشريعة الإسلامية واعتبارها المصدر الرئيس للتشريع فى مصر باعتبارها رائدة الدول الإسلامية فى مجال الدراسات القانونية . وظهر كذلك تقنين المرافعات بالقانون ٧٧ لسنة ١٩٤٩ . ثم تقنين الإجراءات الجنائية بالقانون ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ . ثم تقنين العقوبات فى عام ١٩٣٧ ، ثم تقنين قانون العمل بالقانون ٩١ لسنة ١٩٥٩ . ثم قانون التأمينات الاجتماعية ٧٩ لسنة ١٩٧٩ ، وتقنين قانون

الإثبات المصرى بالقانون ٢٥ لسنة ١٩٦٨ . وتوالت التعديلات على هذه التقنينات مثل المرافعات بالقانون ١٨ لسنة ١٩٩٨ والاجراءات الجنائية ١٧٤ لسنة ١٩٩٧ . وقانون العقوبات بالقانون ١٧٤ لسنة ١٩٩٧ أيضا . وقانون الإثبات بالقانون ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

مزايا وعيوب التقنين :-

أ- مزاياه :-

يتميز التقنين بأنه يوحد القانون . مما يحقق الوحدة التشريعية لكل المواطنين . وخاصة فى البلاد التى تحكمها القواعد العرفية أو التى تحكمها تشريعات مختلفة نتيجة لإختلاف السلطات الإقليمية . فالتقنين بجمع القواعد القانونية الخاصة بفرع من فروع القانون القانون فى صوره تشريع موحد ، ويحقق التناسق بين هذه القواعد . ويزيد ما قد يكون بينها من أوجه للتعارض .

كما يبسط التقنين القانون فى فهمه إلى غير المتخصصين . فالتشريعات المجمعة فى كتاب واجد يمكن الرجوع إليها ببساطة شديدة دون خبرة معينة . ونظرا لتلك المزايا العديدة التى يتحلى بها

التقنين سارعت معظم الدول إلى عمل تقنينات مختلفة . على غرار التقنين الفرنسى الصادر فى عام ١٨٠٤ والذى أطلق عليه تقنين نابليون .

ب- عيوب التقنين :

يؤخذ على التقنين أنه يصعب تعديله بسهوله مثل قواعد التشريع . حسما تتطلب جاجات الجماعة ذلك - فالمجهود الذى يبذل فى جمع شتات القواعد القانونية فى تقنين موحد يصيبه بالجمود . ويصعب تعديله . فالقانون كما ذهب البعض [١] كائن اجتماعى حى يتطور مع تطور الجماعة . فليس من المصلحة أن يوضع فى نصوص تشريعيه تطبعة بطابع الجمود وإعاقة المسيرة فى ركاب التطور الإجتماعى .

ثانيا :- الشكلية :-

يقصد بالشكلية هنا العنصر الخارجى الذى يكون الظاهرة الأصلية [١] . فمثلا المادة ٨٩ مدنى " يتم العقد بمجرد أن يتبادل

---

(١) زنظر د/ سمير تناغو السابق ص ٣٧٩.

طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين . فالعقد هنا عنصره الداخلى هو تطابق الإرادتين . فمجرد تطابق هاتين الإرادتين فإن العقد ينعقد وينتج كافة آثاره القانونية . لكن إذا وضع شرط خارجى لاتمام هذا التكوين الداخلى للعقد . فإن هذه الشكليه تعتبر عنصرا مضافا إلى العنصر الداخلى ومن هذا القبيل ما ورد فى نص المادة ١٠٣١ مدنى مصرى . " لا ينعقد الرهن الرسمى إلا إذا كان بورقة رسمية " فهنا المشرع استعمل لفظ خارجى لإنعقاد عقد الرهن الرسمى . فلا بد لإنعقاده أن يتم أمام جهة الشهر العقارى . وتعلم أن الرهن الرسمى يقع على عقار . وهذه الرسمية تنبه المتعاقدين إلى خطورة عدم مرعاة هذا الشكل القانونى وإلا سوف يتعرض الجزاء وهو عدم إنعقاد العقد . وقد لا تكون هذه الشكلية للإنعقاد وإنما يمكن أن تكون للإثبات . ومثال ذلك ما ورد فى نص المادة ٦٠ إثبات " لا يجوز فى المواد المدنية الإثبات بغير الكتابة إذا كانت قيمة التصرف تزيد على خمسمائة جنية ، وهذا الشكل مطلوب حتى ولو كان التصرف منعقدا .

ثالثا : *القرائن القانونية* :-

تعتبر القرينة من وسائل الصياغة القانونية . ويقصد بها كما ذهب البعض (١) أنها إفتراض قانونى يجعل الشئ المحتمل صحيحا وفقا لما كون العقل . وهذه الوسيلة كما يذهب صاحب هذا الاتجاه لا يمكن الإستغناء عنها فى صياغة التشريع . لأن المشرع لا يمكنه أن ينظم المجتمع تنظيما قهريا إلا إذا قطع الشك اليقين . وهذه القرائن نوعان . قرينة بسيطة أى اقتراض من المشرع على وجود تصرف معين . ولكنه يجوز للمضرور إثبات عكس ذلك .

ومثال ذلك " ما أورده المشرع فى المادة ٩١٧ مدنى " إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين وبحقه فى الإنتفاع بها مدى حياته ، إعتبر التصرف مضافا إلى ما بعد الموت . . . . . إلخ النص مالم يقم دليل على غير ذلك . وقد تكون القرينة قاطعة وأمثلة ذلك كثيرة فقد واجه المشرع هذه القرينة فى باب المسئولية عن الأشياء مثل مسئولية حارس الحيوان م ١٧٦ مدنى - مسئولية حارس البناء ١٧٧ مدنى - مسئولية الأشياء التى

(١) سمير تناغو السابق ص ٤٩٧، وللمؤلف مصادر الإلتزام عام ١٩٩٩ ص ٢٢٨.

تحتـاج إلى عناية خاصـة م ١٧٨ مـدنى . وبإمعـان النظر فى هذه المسئوليـة الشيـئية نجد أن المشرع افتـرض قرينة الخطأ فى كل الأحوال . حتى يسهل على المضرور الحصول على حقه . ولا يجوز التنصل من ظاهرة الخطأ بأية طريق من طرق الإثبات . ولكنه إذا أراد التنصل من المسئولية عليه أى على الفاعل إثبات أن الحادثة وقعت بسـبب أجنبى لا يد له فـيـه . وهذه القـرائن سـالفـة الذكـر من صنع المشرع نفسه . ولكن بالبحث والدراسة فى قانون الإثبات وعلى وجه التحـديد فى المـادة ١٠٠ إثبـات مـصرى " يتـرك لتـقـدير القـاضى إستنباط كل قرينة لم يقررها القانون . ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا فى الأحوال التى يجوز فيـها الإثبات بشـهادة الشـهـود . ويمكن تعريف القـرينة القـضائية إذا بأنـها [ثبوت واقعه معينة من مجرد ثبوت واقعة أخرى . فهى تنقل محل الإثبات من الواقعة الأصلية إلى الواقعة البديلة[١].

رابعا : الحيل القانونية :

يقصد بالحيلة القانونية كما ذهب البعض [٢] هى إنكار جذرى

(١) أنظر د/ سمير تناغو السابق ص ٣٩٥.
(٢) أنظر د/ سمير تناغو السابق ص ٤٠١.

ليس فقط لما هو صحيح بحسب الغالب . وهى أشد وسائل الصياغة القانونيـة تطرفـا . ومن ثم يجب عـدم اللجـوء إليـهـا إلا بالطريق الإستثنائى . وتحقيقا لأهداف المحافظة على المصلحة العامة . ومثال ذلك ما أورده المشرع فى المادة ٨٤٣ مدنى " يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آت إليه منذ تملك فى الشيوع . وأنه لم يملك غيرها شيئا فى بقية الحصص " . وهذه الوسيلة فى الصياغة التى لجأ إليها المشرع . فقد جعل للقسمة أثر رجعى . وهذا هو فى واقع الحال إنكار لحدوث القسمة نفسها . وهذا يفهم منه أن الشيوع لا يمكن اعتباره موجود وغير موجود فى وقت واحد . فالشئ لم يوجد قبل سببه . ومن ثم فالحيله تتضمن تزويرا واقع هو موجود وقائم بالفعل . وكذلك ما أورده المشرع المصرى فى المادة ٢٧٠ مدنى " إذا تحقق الشرط إستند أثره إلى الوقت الذى نشأ فيه الالتزام ...إلخ النص ، وهنا يلجأ المشرع إلى تزوير فكرة الأثر الرجعى للشرط . ويمكن اللجوء إلى الحيل القانونية لغرض إنشاء قاعدة قانونية جديدة . ومثال ذلك ما ورد فى المادة ٣٢٤ مدنى والخاصة بالوفاء مع الحلول والتى جاء النص فيها " إذا قام الغير بوفاء الدين . كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه " . والحيله داخلة هنا فى

أعماق القاعدة ذاتها . فهى ليست مجرد وسيلة لتحقيق الهدف من القاعدة . بحيث يمكن إستبدالها بوسيلة أخرى لتحقيق نفس الهدف . ويذهب دابان [١] إلى أن الحيلة لا تدخل هنا فى نطاق الصياغة القانونية . وإنما تدخل فى نطاق السياسة القانونية ، لأنها تتعلق بالمادة الأولية للقاعدة القانونية . وليس فقط بطريقة التعبير عن هذه المادة . ومن ثم تخرج الحيل بناء على ذلك من نطاق الصياغة القانونية . وقد تستخدم الحيلة القانونية فى تبرير القاعدة القانونية ومثال ذلك ما أورده المشرع فى المادة ٥٨٩ مدنى " يكون للمؤجر ضمانا لكل حق يثبت له بمقتضى عقد الإيجار أن يحبس جميع المنقولات القابلة للحجز الموجودة فى العين المؤجرة ما دامت مثقلة بإمتياز المؤجر ولو لم تكن مملوكة للمستأجر . . . إلخ النص " .

وقد لجأ المشرع فى هذا النص إلى فكرة الرهن الضمنى . أن جميع المنقولات حتى ولو كانت مملوكة للمستأجر فهى مرهونة بموجب عقد رهنى ضمنى على تخصيص تلك المنقولات لضمان حقوق المؤجر . رغم أنه لا يوجد عقد بين المؤجر والمستأجر على هذا

---

(١) زنظر د/ سمير تناغو : مشار اليه فى ص ٤٠٧ هامش ٢٤١.

الرهن بل هو عقد مفترض ضمنا بين الطرفين . فالحيلة هنا تخالف الواقع . ولكن المشرع يلجأ إليها لتبرير تلك القاعدة ووضعها موضع التنفيذ الفعلى .

المبحث الثانى

تفسير القاعدة القانونية

تمهيد :

لما كانت القواعد المكتوبة هى التى تحتاج إلى تفسير لبعض أحكامها وخاصة إذا كانت غامضة أو مبهمه أو غير واضحة . فيتعين هنا تحديد معنى القاعدة ورسم حدودها واستخلاص الحلول التى تتضمنها هذه العلاقات القانونية . من إيضاح غامضها وتفصيل مجملها . ومن ثم فلا بد لنا من الوقوف على أنواع هذا التفسير . ثم وسائل أو طرق هذا التفسير الذى قد يكون خارجيا أو داخليا . وبالتالى فإن خطة الدراسة والبحث فى هذا المبحث سوف تنقسم إلى مطلبين هما :-

المطلب الأول : ماهيه التفسير وأنواعه .

ويتناول المطلب الثانى :- وسائل وطرق التفسير . وذلك على النحو التالى :-

المطلب الأول

" ماهية التفسير وانواعه "

ماهيته :-

ذهب البعض [1] إلى أن التفسير هو توضيح ما أبهم من ألفاظ للقاعدة القانونية التشريعية المكتوبة . وتكتمل ما اقتضب من نصوصه . وتخرج ما نقص من أحكامه والتوفيق بين اجزائه المتناقضه . والتفسير على هذا النحو لا يثير مشكلة إلا فى نطاق التشريع المكتوب . ولا وجود له فى نطاق القاعدة العرفية . فهى تنشأ كما سبق القول من إستقرارها فى أذهان الأفراد وشعورهم بأنها أصبحت ملزمة .

أنواع التفسير :-

ينقسم التفسير إلى ثلاثة أنواع بحسب الجهة التى تتولى هذا التفسير . فإذا كان صادر من الشرع نفسه سمى بالتفسير التشريعى . وإذا كان صادرا من جهة القضاء سمى تفسيرا قضائيا . وإذا كان

---

(١) زنظر د/ محمود جمال الدين زكى فقرة ١٥٢.

صادرا من الفقه سمى تفسيرا فقهيا . ومن ثم تنحصر أنواع التفسير في :- التفسير التشريعى - القضائى - الفقهى . وسوف نتولى ذلك كل فى فرع مستقل كما يلى :

الفرع الأول

التفسير التشريعى

يقصد به التفسير الذى يصدر عن المشرع أى عن طريق السلطة التشريعية . فإذا ما حدث تفسيرا فى أحكام القضاء حول قاعدة معينة أدى إلى عدم استقرار المعاملات . فإن المشرع يتدخل لإيضاح ماهو غامض من النصوص المختلف حولها لتوضيح إرادته . وقد كان هذا النوع من أنواع التفسير هو السائد فى العصور الأولى . ويرجع ذلك إلى أن مبدأ الفصل بين السلطات كان ذو خطوة واسعة فى بالتطبيق . فالمشرع مهمته وضع النص . على حين يقوم القضاء بالتطبيق والتفسير . ومما هو جدير بالذكر كما ذهب البعض [1] أن هذا التفسير التشريعى أيا كانت صورته يتعين حصره فى أضيق نطاق وعدم التوسع فى حدوده . إلا أن هذا القول يقابله مبدأ الفصل بين السلطات . فأصبح يعتبر استثناء على الأصل فالقضاء المنوط به التطبيق والتفسير لنصوص القانون . ومن أمثلة التفسير التشريعى ما قام به المشرع فى القانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٨٠ المعدل للقانون

(١) أنظر د/ حسام الأهوانى السابق ص ٢٤٥.

٩٢ لسنة ١٩٥٩ بشأن التأمينات الإجتماعية عندما إختدم الخلاف حول مفوم [عمال الفلاحة] الذين لا يخصصون لقانون التأمين الإجتماعى . وقديما مثل تحديد الحصر الإلزامى العملة الورقية بالقانون ٤٥ لسنة ١٩٣٥. عندما قرت المحاكم المختلطة بطلان شرط الدفع بالذهب أنه قاصر على المعاملات الداخلية دون المعاملات الدولية . وقد يقوم المشرع بالتفسير عن طريق السلطة التشريعية التى وضعت النص وقد يفوض اللجان الإدارية ذات الإختصاص القضائى (١)فى إصدار تغيرات معينة لقانون معين . وهذا التفويض التشريعى فى تفسير النصوص الغامضة أما أن يكون خاصا وإما أن يكون عاما (٣) . ويتعين عدم الخلط بين القانون التفسيرى والقواعد التفسيرية . الأول يقصد به القانون الجديد الذى يهدف تفسير قانون قديم غامض لم تستطيع المحاكم تحديد المعنى التشريعى له . فهو يفسر قانون سابق . أما الثانية أى القواعد التفسيرية أو المكملة كما سبق القول . فهى تفسر إرادة المتعاقدين

---

(١) أنظر المادة ١٢ مكرر من المرسوم بقانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ فى شأن الاصلاح الزراعى الذى خول اللجنة العليا للاصلاح الزراعى سلطة تفسير أحكام هذا القانون .
(٢) أنظر د. جلال ابراهيم السابق ص ٢٧٨.

أو تكملها ويمكن للأطراف الإتفاق على استبعاد حكمها . والذى يحدو المشرع إلى هذا التفسير . هو عدم ترك الأمر للسلطة التنفيذية. فإذا تولت هى التفسير فيكون لها سلطة التشريع فى بعض الأحوال . ومن ثم فإنها تملك السيف المسلط على حريات الناس . ونرى أن تفويض المشرع سواء كان خاصا أو عاما لأى جهة هو أبلغ دليل على عجز المشرع عن مواجهة المتطلبات البشرية ، فالمشرع نفسه إذن يشعر بعدم الإستيعاب التام للتشريع وأن ما صاغه من نصوص مهما كان فهو قاصر البيان ومعيب . إلا كان لم يفوض غيره فى التفسير .

مدى صفة الإلزام للتفسير التشريعى :

بادئ ذى بدء ننوه إلى أن النص المفسر يطبق من تاريخ التفسير على جميع الوقائع اللاحقه عليه مالم يكن هناك حكم قضائى فيها صار باتا إما لفوات مواعيد الطعن فيه أو استبعد طرق الطعن العادية وغير العادية . ولكن قد يحدث أن السلطة التى تفسر التشريع تأتى بقواعد وأحكام جديدة تحت ستار حجة التفسير . فهنا يقفز إلى الذهن تساؤل حول مدى صفة الإلزام لتلك القواعد الجديدة؟ .

ذهب البعض [١] إلى القول أنه يتعين التفرقة بين أمرين هما:-

الأمرالأول : - إذا كان التفسير صادر من السلطة التشريعية أو سلطة أعلى منها مفوضة فى التفسير . فإن هذا التفسير التشريعى يصير ملزما . حتى ولو أتى بقواعد جديدة تعدل التفسير التشريعى المفسر . ويبرر ذلك بأن هذه السلطة المفسرة تملك زمام التفسير .

الأمرالثانى :- أن تكون هناك سلطة مفوضة من السلطة المختصة أقل منها فهنا يجب التحرز بعدم تجاوز سلطة التفويض . لأن الإلزام بهذه القواعد الجديدة التى أتت بها السلطة المفسرة سوف يكون تعديلا للنصوص الغامضة . وهذا يدخل فى نطاق الرقابة القضائية التى تباشرها المحكمة الدستورية العليا باعتبار لها دور واضح وملموس فى الرقابة على صحة التشريعات.

---

(١) أنظر د/ أبو زيد عبدالباقى مصطفى .

الفرع الثانى

التفسير الفقهى

يقصد بهذا النوع من أنواع التفسير الشروح التى يقدمها المشتغلين من رجال القانون فى مجال البحث والدراسة . سواء كانوا أساتذة للقانون فى الجامعات والمعاهد العليا . أو من القضاه أو المحامين . وهو يدور كما يذهب البعض (٢) بعيدا عن تنازع المصالح وفى غياب الخصوم وليس من أجل واقعة معينة بذاتها . ومن أجل ذلك فإن هذا النوع من التفسير أقرب إلى المنطق . فلا ينصاع الفقه إلا للإعتبارات القانونية دون تأثيرها خارجى ولذلك يطلق عليه التفسير النظرى الذى يتصف بالحياد والطابع النظرى والفقه تكون مهنه رد الفروع إلى أصولها والجزئيات إلى الكليات . فهو يبحث فى القواعد القانونية متأثرا بقواعد المنطق القانونى السليم . فهو دائما يضع الرؤية المستقبلية حول النصوص . ولكن يجب أن ننوه إلى أنه رغم ذلك . فإن الفقه لايعد مصدرا متعددا للقانون . وعلى القاضى عندما يستشهد بأراء الفقه فإنه يسبب

---

(١) أنظر د/ جلال ابراهيم السابق ص ٣١٥.

قضاءه بأسباب أخرى كافيه . ونلاحظ فى هذه الأونة الحديثة فى القرن الحادى والعشرين أن معظم أحكام القضاء مستشهد فيها بأراء للفقه ، ويعزى ذلك إلى أنه نظرا لتخصص الفقهاء الدقيق فى فروع القانون المختلفة . فإنهم يدلون بدلوهم فى قواعد التفسير إلى الحد الذى يظهر إرادة المشرع بصورة جلية تجعل الحقيقة القضائية مطابقة للحقيقة الواقعية . ومن نافلة القول نريد التأكيد على أن الفقه الحديث يجب أن يراعى فى تفسيراته المختلفة عدم البعد عن الواقعية الإجتماعية للنصوص . ولا تعدو قيمة التفسير الفقهى سوى أن يكون لها قيمة أدبية فقط لا تلزم القاضى أو المشرع أو حتى الفقيه نفسه صاحب التفسير فهو يستطيع فى كل الأحوال العدول عما استخلصة من تفسيرات . ولكن استثناء على هذا الأصل العام . أنه ينبغى التلويح بصورة واضحة والتأكيد على أن القاضى ملزم بتطبيق ما جاء فى أرجح الأحوال فى مذهب الحنفيه فى مجال الأحوال الشخصية وما جاء به من تفسيرات وشروح .

الفرع الثالث

التفسير القضائى

هو التفسير الواقعى للتصوص الغامضة بمناسبة نظر دعوى معينة من القاضى المختص فى التقاضى المنوط به الفصل فى النزاع ولابد أن يبحث عن حل للنزاع وإلا يعد منكرا للعدالة . ويعاقب قانونا على جريمة إزدراء العدالة [١] والقاضى عندما يقوم بالتفسير للنص الغامض يقوم به من نفسه وليس بناء على طلب الخصوم فى الدعوى . فمهمة القاضى بيان حكم النزاع المعرض عليه . والقاضى فى سبيل إبراز هذه المهمة الشاقة حرا لم يلتزم بضوابط محددة فى التفسير . فالهدف من التفسير كما ذهب البعض الوصول إلى معرفة حكم القانون فى هذا النزاع . ومن ثم فإن هذا النوع من التفسير هو تفسير شخصى وجزئى . فيقوم القاضى به بمناسبة دعوى معروضة أمامه . ولا يجوز لطرفى النزاع اللجوء مقدما إلى القاضى لطلب التفسير فى واقعة معينة . كما أنه قاصر على حالات واقعية محددة ولم يتناسى المسائل بصفة كلية ، ولا يلزم التفسير القضائى إلا

---

(١) زنظر المادة ١٢٢ عقوبات مصرى .

خصوم الدعوى الصادر فيها هذا التفسير وذلك إعمالا لقاعدة حجية الأمر المقضى فيه . أى حجية نسبية . ولا يلزم ذات المحكمة فى دعوى أخرى مماثلة . ولا يلزم غيرها من جهات القضاء الأخرى . حتى ولو كانت محكمة النقض . إلا أن الواقع العملى غير ذلك فنرى الكثير من أحكام المحاكم الدنيا تستشهد بل وتلتزم فى معظم الأحوال بالتفسيرات الصادرة عن محكمة النقض . غير أنه يستثنى من هذه القاعدة العامة ما ورد فى المادة ٢/٢٦٩ مرافعات ، . . . إذا كان الحكم قد نقض لغير ذلك من الأسباب تحال القضية إلى المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه لتحكم فيها من جديد بناء على طلب الخصوم . وفى هذه الحالة يتعين على المحكمة المحال إليها القضية أن تتبع حكم محكمة النقض فى المسألة القانونية التى هى فصلت فيها . . . إلخ النص " ومقتضى هذا النص المشار إليه سلفا أنه إذا نقضت المحكمة الحكم المطعون عليه لغير مخالفة قواعد الاختصاص والولاية . فإن المحكمة تحيل القضية إلى المحكمة التى صدر فيها هذا القضاء وذلك لتحكم فيه مرة أخرى من جديد إذا طلب الخصوم ذلك . وهنا يتعين على المحكمة المحال إليها هذه الدعوى أن تلتزم بما صدر من محكمة النقض فى هذه

المسألة القانونية التى نقض الحكم على أساسها . ويعتبر التفسير القضائى كما ذهب البعض [١] من صميم عمل القاضى فإذا كان المشرع يضع القاعدة القانونية لإرساء العدل بين الأفراد فى المجتمع . فإن القاضى مهمته وضع الحلول المناسبة لحسم المنازعات التى قد تثور بين المتخاصمين . ومن هذا التحليل يمكن القول أن عمل القاضى أوسع نشاطا من المشرع نفسه . وأقرب إلى الواقع من النظريات . وهذا ما أفصح عنه المشرع فى عجز المادة ٢/١ مدنى مصرى " على القاضى أن يفصل فى النزاع المعروض عليه باللجوء إلى قواعد التشريع فإذا لم تسعفه يلجأ إلى قواعد العرف . وإذا لم يجد يلجأ إلى المبادئ الشريعة الإسلامية وإذا لم يجد يلجأ إلى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة وقد خرج المشرع على القواعد السابقة وجعل للمحكمة الدستورية العليا فى المادة ١/١٧٥ من الدستور . " . . . . سلطة تفسير النصوص التشريعية " وذلك بناء على طلب وزير العدل فى المادة ٢/٤ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ فجاء النص :- " تختص المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص القانونية التى تستدعى

---

(١) أنظر د/ حسام الأهوانى السابق ص ٢٤٨.

ذلك بسبب طبيعتها أو أهميتها ضمانا لوحدة التطبيق القضائى ، وذلك بناء على طلب وزير العدل ويكون قرارها الصادر بالتفسير ملزما " .

فالمحكمة الدستورية لا تملك التفسير من تلقاء نفسها ولكن بناء على طلب وزير العدل وهى تقدر كفاية شروط طلب التفسير المقدم من وزير العدل . ومن أجل ذلك يذهب البعض أن التفسير الصادر من المحكمة الدستورية العليا لايعد تفسيرا قضائيا دائما فهو تفسير تشريعى . فالمحكمة وهى تقوم بذلك تمارس سلطة التفسير باعتبارها جهة مختصة بالتفسير . ولا يجوز لها التصدى من تلقاء نفسها لهذا التفسير لأنها هى لجنة لتفسير القوانين . وليس باعتبارها هيئة قضائية . فهى لا تمارس عملا قضائيا على حد قول صاحب هذا الاتجاه . ومن ثم فالتفسير الصادر من المحكمة الدستورية يعتبر تفسيرا تشريعيا ملزما وليس قضائيا (١) . والمحكمة الدستورية وهى تمارس هذا العمل يجب عليها أن تقوم بوضع قواعد تحكم طلب التفسير ضمانا للحريات . ولا يحق لأى جهة أخرى أن تبحث تلك الشروط . ويشترط لاختصاص المحكمة

---

(١) أنظر د/ حسام الأهوانى السابق ص ٢٤٨.

الدستورية العليا لتفسير القانون أن تكون هناك حالة واقعية من عدم الوحدة فى التطبيق القضائى . ويجب حصر هذا التفسير فى أضيق نطاق . فإذا كان يقال كما ذهب أستاذنا الأهوانى أن من أصدر التشريع هو أحق من غيره بتفسيره . إلا أن ذلك القول يقابله مبدأ الفصل بين السلطات . فالتفسير القضائى هو الأصل والتشريعى هو الاستثناء .

المطلب الثانى

وسائل التفسير

قد يختلط الأمر على القارئ للوهلة الأولى فى فهم أن وسائل التفسير هى طرق التفسير ولكن بإيجاز شديد نود الإشارة إلى أن الوسائل هى الأدوات التى يستعين بها المفسر فى كشف إدارة المشرع الصحيحة حول النص . وهى إما وسائل خارجية تساعد على فهم المقصود إما بالرجوع إلى المصدر التاريخى للنص أو الأصل للتشريع أو النص الأجنبى المقابل له أو الأعمال التحضيرية وإما بوسائل داخلية باللجوء إلى عبارات النص أو الإشارة أو الدلالة أو القياس أو الاستنتاج . وأما طرق التفسير فهى المدارس أو المذاهب العلمية التى تبنت هذه الفكرة سواء كانت هى مدرسة الشرح على المتون أو المدرسة التاريخية أو العلمية . وسوف نتولى خطة البحث والدراسة فى هذا المطلب فى فرعيين متتاليين :- يتناول الفرع الأول :- وسائل التفسير للنص السليم والنص المعيب . ثم يتناول الفرع الثانى :- طرق التفسير المختلفة وذلك على النحو التالى :

الفرع الأول

وسائل التفسير

درج الفقه على أن وسائل التفسير نوعين . وسائل خارجية وداخلية . يتعين تناولها كما يلى :-

(أ) وسائل التفسير الخارجية :-

قد تلجأ السلطة المختصة بالتفسير إلى الاستعانة بوسائل خارجية للوقوف على دلالة النص كى تساعد على الكشف عن إرادة المشرع . وقد حصر الفقه هذه الوسائل فى أربعة وسائل هى [(١)] .

١- حكمة التشريع :-

لما كان المشرع يتغيا من وراء النصوص التشريعية غايات معينة قد تكون غاية سياسية أو إجتماعية أو أخلاقية . فإذا كان النص قد ورد غامضا يتعين الوقوف عند صياغة ألفاظه . فهنا يتعين الوقوف على الحكمة من وراء النص . وعلى سبيل المثال ما ورد فى نص المادة ٣١٣ / أولا من قانون العقوبات المصرى التى

(١) أنظر د/ أبو زيد مصطفى السابق ص ٢٤٩.

جاء نصها " يعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة من وقعت منه سرقه مع إجتماع الخمسة شروط الآتية :-

الأول :- أن تكون هذه السرقة حصلت ليلا .

الثاني :- . . . .

الثالث :- . . . .

فالمشرع جعل الليل ظرفا مشددا للعقاب نظرا لأن الليل فيه سكون وهدوء . ويخلو الإنسان بطبيعته إلى الراحة . فمن أراد تعكير صفوه غيره . فلابد أن يعاقب عقابا مشدداً . فلفظ الليل هنا مبهم . هل يقصد به الليل بحسب المفهوم الفلكى أى الفترة ما بين الغروب والشروق للشمس ، أم يقصد به الحلكة المظلمة من الليل التى تقتضى تشديد عقاب السارق . فهنا يتعين الأخذ بالحكمة من وراء تشديد العقاب ليلا . فلا شك أن حكمة التشريع من جعل الليل ظرف مشدد للعقاب . فالظلام يبعث الخوف فى نفوس البشر ويسهل للجانى إرتكاب الجريمة النكراء . ومن ثم فإن الليل يقصد به فى مقام التجريم فترة دؤب الظلام وليس المعنى الفلكى ما بين الغروب والشروق للشمس .

٢-الأعمال التحضيرية :

يقصد بالأعمال التحضيرية مجموعة الدراسات والأبحاث والمناقشات الصادرة عن اللجان الفقيه لإعداد مشروعات القوانين وتعليقات أعضاء المجلس النيابى أثناء مرحله التصويت والمناقشة وكذلك المذكرة الإيضاحية التى تكتب تعليقا على النصوص التشريعية . وهى توضح إلى حد كبير وليس الحد المطلق بعض ما غمض من النص ولكن يحسن به ويفضل عدم الرجوع إليها . نظرا لأن النص بصورته المطبقة قد لا يكون هو الوارد فى التعليق على المشروع قبل نفاذ التشريع . ففى كثيرا من الأحوال يعدل النص بعد مرحلة الاعداد عند الموافقه عليه وإصدار ونفاذه . ويذهب الفقه إلى أنه يتعين الأخذ بعين الحزر لهذه الوسيلة من وسائل التفسير الخارجى حيث لم تعدل الأعمال التحضيرية أو المذكرة الايضاحية بعد صياغة ونفاذ التشريع . ومن ثم إذا تم الرجوع عليها فإن الأمر يختلط على المفسر . لأن النص فى غالب الأحوال الأم يكون معدلا .

٣-المصدر التاريخى:-

يقصد بذلك المصدر الأصل الذى إستلهم المشرع منه أحكام

هذه النصوص التشريعية كما هو الحال فى مصر . فالأصل التاريخى قد يكون مبادئ الشريعة الإسلامية . وقد أخذ عنها المشرع فى قانون المواريث والوصية وأحكام الوقف . وكذلك القانون الفرنسى . فقد أخذ المشرع فى القانون الجنائى والادارى والدستورى والمدنى الكثير من أصولة فعلى المفسر أن يرجع إلى هذا المصدر للوقوف على الارادة الحقيقية للمشرع من وراء هذه الصياغة التشريعية .

٤-الإرادة الضمنية للمشرع :-

هذه الوسيلة من وسائل التفسير الخارجى يلجأ إليها المفسر عند عدم فلاح الوسائل السابقة . باستعمال وسائل القياس والاستنتاج ومفهوم المخالفة بالنص للوصول إلى ما كان يجب أن يقصده المشرع من وراء هذه النصوص التشريعية .

فتنسب تلك الحلول إلى المشرع نفسه على أساس أنها هى إرادته المفترضة . أى على أساس إفتراض لإرادة التشريع فى الأخذ بهذه الحلول (١) .

---

(١) أنظر د/ على حسين نجيده السابق ص ٢١٥ هامش ١ .
(٢) أنظر د/ حسام الأهوانى السابق ص ٢٦٢.

ب- وسائل التفسير الداخلية :-

عندما يهم القاضى أو المفسر باللجوء إلى قواعد التفسير لايضاح ما هو غامض . فإنه يكون أمامه نص واضح وسليم غير مشوب بالغموض والتناقض . وقد يكون العكس صحيحا أى النص معيب وغير واضح ومشوب بالخطأ . ومن ثم فقد نحى الفقه فى تحديد وسائل التفسير الداخلى بالتفرقة بين أمرين [١] الأول : إذا كان النص سليم واضح والثانى : إذا كان النص غير سليم وغير واضح.

اولا :- تفسير النص الغير معيب :- [الواضح السليم] .

لقد جاء نص المادة الأولى من نصوص التقنين المدنى المصرى الجديد [تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فى فحواها " .

قد يقفز إلى الذهن تساؤل فى هذا المقام . طالما أن النص واضح وسليم وغير معيب فما هو الداعى للتفسير . ؟ .

(١) أنظر د/ أبو زيد عبدالباقى السابق ص ٢٥٣.
(٢) أنظر د/ هلى حسين نجيده السابق ص ٢٤٤.

هذا التساؤل ظاهرة الصحة ولكن بإمعان النظر فى القول . نجد أن الواقع التطبيقى يؤكد ويشير بصراحة . أن النص يدل على معناه أولا وقبل كل شئ بعبارته أو ألفاظه إلا أنه من الممكن أن يدل على معنى مغاير بطريق الإشارة أو الدلالة . ومن هنا كان لابد من دراسة كيفية الإستعانة بالفاظ النص وإشارته ودلالته .

وسوف نعرض لها تباعا كما يلى :-

١- عبارات النص :-

عندما ينظر إلى النص التشريعى مثلا المادة ٢٣٧ عقوبات [من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها فى الحال هى ومن يزنى بها يعاقب بالحبس بدلا من العقوبات المقررة فى المادتين ٢٣٤ ، ٢٣٦ عقوبات] .

نجد أن هذا النص له معنى لفظى مثل استعمال المشرع لفظ الزنا فى الصياغة . فيعبر اللفظ عن العلاقة الجنسية غير المشروعة . ولكن هناك معنى اصطلاحى للفظ المذكور هو أن الزنا لا يقع إلا من رجل وإمرأة متزوجين . ولكن غير المتزوج أو المتزوجة لا يصدق

عليه النص . فهنا يتعين اللجوء إلى المعنى اللفظى للوقوف على المعنى الاصطلاحى للنص وكذلك المادة ٣١١ عقوبات [كل من اختلس منقولا مملوكا للغير] والمادة ١١٢ عقوبات [كل موظف عام إختلس أموالا أو أوراقا أو غيرها . . . . إلخ النص فالمشرع هنا استخدم لفظ اختلاس فى أكثر من موضع وفى نصوص مختلفة . فلم يقصد بها معنى واحد . ففى النص الأول يقصد به سرقة مال الأفراد الخاص . والثانى قصد به نهب المال العام بتغيير الموظف العام حيازه المال العام إلى المال الخاص . ويذهب أستاذنا الأهوانى[1] إلى أنه يجب إعمال ألفاظ النص عى المعنى الاصطلاحى لها حيث أن هذا اللفظ الاصطلاحى هو الذى يقصده المشرع نفسه . وإذا تعددت المعانى الاصطلاحية . يجب البحث عن قرينة تدل على المعنى الذى ذهبت إليه إرادة المشرع . ويجب كذلك تفسير المعنى الاصطلاحى فى إطار النص بأكمله دون الأخذ ببعض عباراته .

٢- إشارة النص :-

المقصود بإشارة النص كما ذهب البعض [2] المعنى المتبادر

(١) أنظر د/ حسام الأهوانى السابق ص ٢٦٦.
(٢) أنظر د/ حسام الأهوانى السابق ص ٢٦٩.

إلى الذهن من ألفاظ الناس . وبمعنى أوضح ما يكون لزاما من ألفاظ والمقتضيات . مثال ذلك ما ورد النص عليه فى المادة ١٠٣٣ مدنى مصرى [إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فإن عقد الرهن يصبح صحيحا إذا أقره المالك الحقيقى بورقة رسمية . فإذا لم يصدر هذا الإقرار فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذى يصبح فيه العقار مملوكا للراهن] .

عندما تمعن النظر فى هذا النص نجد أن عبارات النص تدل على أن اقرار المالك يصحح عقد الرهن . وتدل إشارته أن عقد الرهن الصادر من غير مالك يعد موجودا . لأن الإقرار من المالك لا يرد على شئ معدوم . فالملحوظ هنا أن هناك معنيان للنص . معنى يأخذ من العباره والآخر من الإشارة . ويذهب الفقه إلى أنه إذا حدث اختلاف بين المعنيين كل من العبارة والإشارة وجب تغليب الأول على الثانى .

٣-دلالة النص :-

يقصد بدلالة النص عن طريق القياس - الإستنتاج . وسوف نعرض لهما كما يلى :-

أ-القياس :-

يقصد بالقياس ايجاد حكم حالة قد سكت عنها من حالة أخرى لها نص لإتحاد العلة بينهما وهو نوعان :-

النوع الأول : القياس العادى :-

ذهب البعض [(١)] إلى أن القياس العادى يتمثل فى أن يستنبط القاضى أو المفسر حكما غير منصوص عليه بالقياس على حكم منصوص عليه لاتحاد العله فيما بينهما . ومثال ذلك ما أورده المشرع فى المادة ٣١٢ عقوبات [لا يجوز محاكمة من يرتكب سرقة إضرارا بزوجه أو زوجته أو أصوله أو فروعه إلا بناء على طلب المجنى عليه . وللمجنى عليه أن يتنازل عن دعواه بذلك فى أية حالة كانت إليها . كما له أن يقف تنفيذا الحكم النهائى على الجانى فى أى وقت شاء "

يفهم من هذا النص أنه يمكن مد حكم هذا النص فى حالة إرتكاب جريمة النصب أو خيانة الأمانة من الزوجة والزوج أو الأصول أو الفروع . وذلك لاتحاد العلة فيما بينهما .

(١) أنظر سمير تناغو السابق ص ٤٩٦ ، وحسام الأهوانى ص ٢٨٨.

وكذلك المادة ١٤ إثبات مصرى [يعتبر المحرر العرفى صادرا ممن وقعه مالم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة] . فالمحاكم قد جرت على قياس التوقيع على هذا المحرر العرفى على البصمة والخاتم . فمن ختم أو بصم على محرر عرفى فهو حجة عليه ما لم ينكر صراحة هذا الخاتم أو تلك البصمة[1].

النوع الثانى " القياس من باب أولى :-

يقصد به إيجاد حالة غير منصوص عليها حكم حالة أخرى ورد بشأنها نصا أو حكما . لتوافر العلة بينهما . ومثال ذلك المادة ٢٧٤ عقوبات [المرأة المتزوجة التى ثبت زناها يحكم عليها بالحبس مدة لاتزيد على سنتين لكن لزوجها أن يقف تنفيذ هذا الحكم برضائه معاشرتها له كما كانت] .

يفهم من هذا النص أن للزوج أن يقف تنفيذ الحكم بالمعاشرة للزوجة مرة أخرى بعد الحكم عليها . فهنا الزوج له الحق فى طلب ايقاف السير فى الدعوى وعدم جواز تحريكها إلا بإذنه ابتداء دون الإنتظار لصدور حكم واجب النفاذ . فمن باب أولى له هذا الحق فى وقف السير فى الدعوى .

(١) أنظر للمؤلف الوجيز فى قانون الإثبات المصرى عام ٢٠٠١ ص ٢١٨.

وكذلك المادة ٢٣٧ عقوبات وقد سبق شرحها مرارا . الذى يفاجأ زوجته بالزنا ثم يقتلها أو يقتل الزانى أو هما معا . يعاقب بعقوبة الجنحه بدلا من عقوبة الجناية . فإذا لم يتم القتل لهما أو إحداهما . ولكن تعدى عليهما أو احداهما بالضرب الذى أحدث عاهة مستديمة بالمادة ٢٤٠ عقوبات . فمن باب أولى يمكن قياس حالة القتل على العاهة . فالعاهة أحق وهناك اتخاذ فى العلة بين القتل والعاهة وهى المساس بالبدن والنيل منه . فهنا يمكن تطبيق هذا الظرف المخفف .

ب-الاستنتاج :-

يقصد به إعمال قواعد اللزوم العقلى لاستنباط حكم غير منصوص عليه بمفهوم الموافقة أو إعطاء عكس حكم لحالة منصوص عليها حالة غير منصوص عليها . بمفهوم المخالفة ، ومن ثم فالاستنتاج نوعان :-

الأول :- إستنتاج بمفهوم الموافقة :-

ذهب البعض [1] إلى أنه يقصد بمفهوم الموافقة ثبوت حكم

(١) أنظر د/ أبو زيد مصطفى عبدالباقى السابق ص ٢٥٧.

المنطوق للمسكوت عنه الموافق له فى العلة . سواء كان مساويا له فيها أو كان أولى منه . آية ذلك أن مفهوم الموافقة يفترض وجود نص تدل عليه عبارته على حكم يرى فى حالة معينة لعلة بنى عليها هذا الحكم . وتوجد حالة أخرى تساوى هذه الحالة فى علة الحكم أو هى أولى منها لكون العلة قد توافرت فيها .

الثانى :- استنتاج بمفهوم المخالفة :-

يقصد به كما ذهب البعض (١) إعطاء حكم لحالة غير منصوص عليها حكم يكون عكس الحكم فى حالة منصوص عليها . ولنسوق الأمثلة التالية كما ذهب صاحب هذا النظر المادة ٤٣٧ مدنى [. . . إذا هلك المبيع قبل التسليم إنفسخ البيع واسترد المشترى الثمن]

مفهوم المخالفة من هذا النص أنه إذا هلك المبيع بعد التسليم فلا ينفسخ العقد ولا المبيع أو الثمن . أى أن تبعة الهلاك على المشترى . وكذلك المادة ٤٢١ مدنى [البيع بشرط التجزية معلق على شرط واقف هو قبول المبيع] . فلا يصح أن يفهم من هذا النص أن البيع بشرط أخر مثل البيع بشرط المذاق هو بيع بات وليس معلق على هذا الشرط الواقف .

(١) أنظر د/ حسام الأهوانى السابق ص ٢٧٠.

ويضيف البعض [١] أن هذا النوع من وسائل التفسير ينطوى على قدر من الخطورة . فلا يتعين اللجوء إليه إلا إذا كانت دلالة النص على عكس حكمه فى الحالة غير المنصوص عليها غاية فى الوضوح . فقد يكون المقصود من النص هو إثبات حكم الحالة المنصوص عليها على سبيل المثال . فلو تم الأخذ بمفهوم المخالفة فى هذه الحالة . لما تم إعطاء حكم النص للحالات الأخرى . المشابهة التى لم يرد بشأنها نص .

وفقهاء الشريعة الإسلامية كما أفاد أستاذنا الأهوانى [٢] يذهبون أنه يشترط للأخذ بالاستنتاج بمفهوم المخالفة شرطين هما :

١- ألا يكون للقيد الذى قيد به الكلام فائدة أخرى غير تقييد الحكم .

٢- ألا يكون هناك دليل خاص فى المحل الذى يثبت فيه مفهوم المخالفة .

---

(١) أنظر د/ أبو زيد مصطفى السابق ص ٢٦١.
(٢) أنظر د / الأهوانى السابق ص ٢٧١ .

ثانيا :- تفسير النص المعيب :-

هل يتصور أن يكون النص التشريعى به عيب؟ وما هى هذه العيوب إن كان ؟ هذا تساؤل جدير بالإجابة عليه . باديً ذى بدء ننوه إلى أن التشريع من صنع البشر . ومن ثم فلا يخلو صياغته ووصفه من وجود عيوب . وهذه العيوب المتصورة كما درج الفقه على معالجتها هى :- الغموض - النقض - التعارض - الخطأ المادى . وسوف نتولى تباعا الحديث عن هذه العيوب تفصيلا . وما يمكن عمله لتفادى هذه العيوب .

أ- غموض التشريع :-

يقصد بالغموض للتشريع أنه بمجرد الاطلاع على النص التشريعى فى صياغته بالفاظه وعباراته يكون للنص من ثم أكثر من معنى . حيث أن ألفاظه وعباراته تحتمل ذلك ومثال ذلك كما ذكر البعض [١] . المادة ٥٧ من الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية [تكفل الدولة تعويضا عادلا لمن وقع إعتداء حياته الخاصة] هذا

---

(١) أنظر د/ حسام الأهوانى ص ٢٧٢ ، د/ أبو زيد عبدالباقى ص ٢٦٢.

النص يحتمل أكثر من معنى . فقد يفهم منه أن أى شخص يعتدى عليه فى حياته الخاصة يحصل على تعويض مباشر من الدلالة . لكن الفهم الصحيح للنص قاصر على الاعتداء على الحق فى الخصوصية مثل حرمة المسكن والصورة والمساس بالجسد واجراء تجارب على جسد الإنسان . وقد وضع المشرع قيودا معينة ليس هنا مجال لذكرها وشروطا للمطالبة بهذا الحق فى التعويض . وكذلك ما أثير حول نص المادة ٣١١ عقوبات مصرى عندما عرف المشرع السرقة [إختلاس مال منقول مملوك للغير] . فعند تطبيق هذا النص قد يفهم عند تطبيق النص على سرقة الكهرباء . هل الكهرباء مال منقول يمكن أن ينطبق عليه وصف السرقة ؟ والمال المنقول هو الذى يمكن نقله من مكان إلى آخر دون تلف . فالعبارة لهذا النص غامضة هل تنتقل إلى الكهرباء ويعاقب سارق الكهرباء أم لا . ولكن استقرت آراء الفقه على أن سرقة الكهرباء من الأفراد العاديين دون الموظفين العموميين . يعتبر جنحه سرقة معاقب عليها . أما إذا كان السارق من ذوى الوظائف العامة فإن الأمر يشكل إرتكاب جناية الإستيلاء على المال العام إذا لم يكن موظف فى شركة الكهرباء . أما إذا كان موظفا بها وله سيطرة على الكهرباء فإن الأمر يشكل جناية إختلاس.

ب- نقص التشريع :-

يقصد بالنقص للتشريع إغفال المشرع لفظا لا يستقيم حكم النص إلا به . فالنقص كما عبر عنه أستاذى الأهوانى يرد مقتضبا لايحتوى على كل ما يجب ذكره .(١)

ويسوق الفقه المثال الثانى لإيضاح نقص التشريع :- كان نص المادة ١٥١ من القانون المدنى القديم تنص على [كل خطأ نشأ عنه ضرر للغير يوجب ملزومية فاعله بتعويض هذا الضرر] . فالنص هنا يلزم فاعل الضرر بالتعويض ولا يشترط أن يكون النص خطأ . ولكن كان الخطأ هو أساس المسئولية عموما فعندما جاء نص القانون المدنى الجديد فى المادة ١٦٣ مدنى اشترط توافر ركن الخطأ وجاء النص " كل من تنسب بخطأه فى الحاق ضرر بالغير عليه تعويض هذا الضرر] .

جـ- التناقض أو التعارض :-

يتصور عملا وجود تناقض بين النصوص التشريعية . وهذه التشريعات المتعارضة إما أن تكون من درجة واحدة ولكنهما

(١) أنظر د/ الأهوانى السابق ص ٢٧٣.

صادرين فى تاريخيين مختلفين . فإنه يجب إعمال النص الأحدث فى التاريخ . عملا بقاعدة التشريع اللاحق ينسخ يلغى السابق عليه . أما إذا كان التناقض أو التعارض بين نصيين فى تشريع واحد أو فى تشريعين صادرين فى تاريخ واحد . فهنا يقع على عاتق القاضى أو المفسر إزالة التعارض أو التناقص عليهما بالاستناد إلى قواعد الاستدلال من تغليب عبارة النص على إشارته . وتغليب ما يفهم بالإشارة على المفهوم بالدلالة وهكذا إذا كان التناقص بين تشريعات متعارضة فى الدراسة . فإننا نطبق قاعدة تدرج التشريعات فالتشريع الأعلى هو الذى يطبق دون التشريع الآدنى . فلو أن هناك قاعدة دستورية متعارضة مع قواعد التشريع العادى . فإن القاعدة الدستورية هى التى تنطبق وتعمل قواعد النسخ الضمنى للتشريع .

د- الخطأ المادى فى النص :-

قد تأتى عبارات النص أو ألفاظه فى ظاهرها واضحة تماما لكن تؤدى فى أكملها إلى معنى غير مستساغ أو غير معقول أو غير منطقى . فالنص فى تلك الحالة يكون مشوبا بالخطأ . وهذا الخطأ

---

(١) أنظر د/ حسام الأهوانى السابق ص ٢٧٥.

يتمثل فى أن يطلق المشرع لفظ فى الصياغة يغاير مفهوم النص هذا هو الخطأ المادى . وإما أن يكون خطأ معنوى ومن أمثلة الأول كما ذهب صاحب هذا الاتجاه . ما جاء بنص المادة ١/٦٧٦ مدنى مصرى الواردة فى شأن أحكام عامة لقواعد عقد العمل الفردى [. . . . نسرى أحكام عقد العمل على العلاقة بين أرباب الأعمال والممثلين التجاريين الجوابين .] . فالمشرع هنا سقط منه سهوا إضافه حرف الواو أمام الجوابين . ومثال الثانى ما ورد فى المادة ١٠٨٨ مدنى مصرى [. . . لا يجوز أخذ حق الإختصاص على عقارا وعقارات معينة للمدين وقت قيد هذا الحق ويكون بيعها جائز بالمزاد العلنى . . . . إلخ النص ،] بإمعان النظر فى هذا السياق التشريعى نجد أنه قيد حق الاختصاص بعدم الحصول عليه إلا بعد أخذ الحق . فالواقع أن قيد هذا الحق غير متصور إلا من الحق نفسه ، فلابد من توافر شرط الملكية عندما يريد الدائن أن يطالب بحق الإختصاص .

الحلول المقترحة عند تنقية النص المعيب من عيوبه السابقة :-

عند إزالة هذه العيوب المشار إليها سلفا يمكن اللجوء إلى تقريب النصوص كما ذهب البعض (١) . وهذا التقريب يكشف عن

(١) أنظر د / حسام الأهوانى السابق ص ٢٧٥.

الغموض أو سد النقص أو إزالة التعارض أو اصطلاح الخطأ المادى أو المعنوى . فإذا كانت النصوص واردة عن تشريع واحد فيمكن مقاربة بعضها البعض لإزالة الغموض والبعض . وإذا كانت بين تشريعات مختلفة وتتناول موضوع واحد أمكن هذا التقارب . مثال ذلك ما أورده المشرع فى المادة ٢٠ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ والخاصة ببيع الجدك الذى استخدمه المشرع فى عجز النص ، فيمكن فهم هذا الجدك ليس على أنه أرفف المحل والعدد والأدوات ولكن يفهم كما جاء فى المادة ٢٦٧ مدنى لفظ الجدك على أنه عند بيع المتجر أو المصنع . فهذا التقارب يزيل غموض النص .

وذهب صاحب هذا الاتجاه إلى أنه من قبيل تقريب النصوص فى داخل تشريع واحد ما جاء بنص المادة ٣٣ من المرسوم بقانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ فى أن الاصطلاح الزراعى والخاصة بالحد الأقصى للأجرة . فهنا يخرج من نطاق النص الأراضى التى تزرع حدائق أو موالح وكذلك الأراضى التى تزرع زراعة واحدة . ولا يسرى عليها قواعد الامتداد القانونى وفى ختام القول أنه يجب النظر إلى النصوص التشريعية بصفة متكاملة . فيمكن من هذا النظر الوصول إلى طرق متعددة لإزالة عيوب النصوص سالفة الذكر . وكما سبق

القول يمكن الإستعانة بوسائل التفسير الخارجة من اللجوء إلى الأعمال التحضيرية أو المصدر التاريخى للنص - أو الحكمة من التشريع أو الإرادة المفترضة للمشرع .

ثالثا :- التفسير عند عدم وجود نص :-

يفسح المشرع الطريق أمام القاضى عندما لايجد نصا فى التشريع أو العرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية أنه يلجأ إلى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة . ففى مجال المواد المدنية يستطيع القاضى إذ لم يجد نصا على الترتيب السابق كما سبق القول الإستعانة بقواعد الاستدلال مثل القياس أو الاستنتاج أو إعمال عبارات أو ألفاظه أو إشارة النص . من ثم فالمشرع أباح ذلك حتى لايعد القاضى مرتكبا لجريمة الإمتناع عن إصدار حكم فى الدعوى وهى جريمة إزدراء العدالة وإنكارها فى المادة ١٢٢ عقوبات . ولكن الذى يجب الإشارة إليه فى مجال المواد الجنائية . يأخذ المشرع بمبدأ المشرعية الجنائية الوارد فى الدستور المصرى لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص تشريعى . حتى لا ينفتح الباب على مصراعيه بإنشاء جرائم وعقوبات غير واردة فى التشريع . وسبق أن ذكرنا أن القاضى

يلجأ إلى القياس فى بعض الأحوال . لكن هذا القياس غير جائز فى المـواد الجنائيـة للحكمـة التى سقناها سلفـا وهى إنشـاء جـراءم وعقوبات لم تشملها النصوص التشريعية واستثناء من تلك القاعدة أن القياس فى المواد الجنائية جائز فى تطبيق الظروف المحققة أو المعفية من العقاب . فقد أمكننا باللجوء إلى القياس فى حالة جريمة السـرقـة التى تقع إضـرار بالزوجة أو الزوج أو الأصـول أو الفـروع للإمتناع عن العقاب ويمكن مده إلى حالة جريمة النصب وخيانة الأمانة . وكذلك الأمر فى حالة زنا الزوج وزوجته والزانى بها يعاقب بالحبس بدلا من عقوبة الجناية . فيطبق هذا الوصف فى حالة إرتكابة جناية العاهة الواردة فى المادة ٢٤٠ عقوبات قياسا على توافر العلة من التخفيف .

الفرع الثانى

طرق او مذاهب التفسير

يوجد فى مجال التفسير عدة مذاهب درج الفقه على معالجتها وهى :- مدرسة الشرح على المتون - المدرسة الإجتماعية أو التاريخية - مدرسة البحث العلمى الحر .

وسوف تعرض لهذه المذاهب الثلاثة تفصيلا على النحو التالى:-

١- مدرسة الشرح على المتون :-

أطلق الفقه [١] على هذه المدرسة . مدرسة التزام النصوص أو تقديس النصوص . فأنصارها لا يعرفون سوى نصوص التقنين المدنى فقط . ويظهر ذلك جليا فيما قاله ديمولومب أحد أنصار هذه الدرسة [أن شعارى وعقيدتى هى النصوص قبل كل شئ] . وبدأ ظهور هذه

---

(١) أنظر د/ توفيق فرج ص ٢٩٣ - محمد على عرفه ص ١٧٦ - جلال ابراهيم ص ٣٢٧ - حسن كيره ص ٤٠٣ - حسام الأهوانى ص ٢٥٧ - جينى طريقة التفسير والمصادر فى القانون الخاص الوضعى جـ ١ عام ١٩٥٤ فكان أنصارها يضعون النص فى متن الصفحة ويتم الشرح فى الهامش

المدرسة فى القرن التاسع عشر فى فرنسا على أثر وضع التقنين النابليونى ، فبدأ الشراح ينظرون إلى نصوص التقنين نظرة التقديس . وسميت بذلك الاسم أى الشرح على المتون انبعاثا من حقيقة وهى أن أنصار هذه المدرسة كانوا يشرحون نصوص التقنين المدنى نصا نصا بذات الخطة التى اتبعها المشرع فى طلب نصوص التقنين . وكان المصدر الوحيد للقانون هو نصوص التشريع . لدرجة أن بينيه أحد أنصارها قال [أنى لا أدرس القانون المدنى . فأنا لا أعرف سوى تقنين نابليون فقط] .

والمنهج الذى تقوم عليه هذه المدرسة يقوم أساسا على :-

١- الالتزام بالنصوص :- فأنصار هذه المدرسة النص أولا وقبل كل شئ . فهم يتبعون النص بالحرف أى التقيد بالحرفيه . فهم لا يبحثون عن شئ من القانون خارج النصوص فالتفسير اللغوى أو اللفظى هو المعول عليه فى كل الأحوال .

٢- البحث عن إرادة المشرع سواء الحقيقية أو المفترضة :- فى كل الأحوال العبرة بما ذهبت إليه الإرادة الحقيقة للتشريع فالنية الحقيقية من المعول عليها عند وضع التشريع . ولا تتغير تلك النية

حسب تغيير الأحوال والظروف . فالقاضى وهو يبحث عن حل للنزاع المعروض عليه يجب عليه التقيد بما ذهبت إليه إرادة المشرع الحقيقية ولا عبرة بالإرادة الإحتمالية لأن القاضى لو فعل ذلك . فإنه ينصب نفسه مشرع . وهو ما يتجاوز حدود وظيفته من تطبيق النصوص . ولكن كما يذهب البعض [١] أنه إذا غم الأمر وكانت هذه النية الحقيقية غير واضحة . فإنه يتعين البحث عن النية المعروضة وقت وضع النصوص وليس عند تطبيقها .

وهذه الخطة التى ينتهجها أنصار المدرسة تؤدى إلى الاستقرار والثبات . ويتعين على المشرع عند العجز فى الوصول إلى إرادة التشريع سواء الحقيقية أو المفترضة أن يعدل نصوص التشريع بما يتوائم مع تغير الظروف .

تقييم مدرسة الشرح على المتون :-

لقد أثبت منهج هذه المدرسة فشلا ذريعا فى مجال الدراسات القانونية . وبالتالى امتدت سهام النقد لهذه المدرسة ويمكن إجمال أهم عيوب هذه المدرسة على النحو التالى :

---

(١) أنظر د/ حسام الأهوانى ص ٢٥٩.

١- منهج هذه المدرسة يؤدى إلى جمود الفكر القانونى :-

حصر منهج المدرسة فى حرفية النصوص يؤدى إلى نوع من الجمود القارى . فالعصر والظروف متغيره . ولابد أن تأتى ظروف وأحوال مستجدة بعد وضع التشريع . بحيث يصبح التشريع غير ملائم بها . ومن هنا يمتنع على المفسر استخدام هذه المتغيرات الجديدة . وبالتالى فإن هذا المنهج الحرفى لا يفلح فى معظم الأحوال فى الوصول إلى الإرادة الحقيقية أو المقترضه للمشرع وسوف يؤدى إلى نتائج غير عادلة لحل المنازعات طالما كان التفسير حرفيا .

٢- عقم المنهج الذى إتبعه أنصارها :-

تقوم هذه المدرسة كما سبق القول على البحث عن إرادة التشريع سواء الحقيقية أو المفترضة . ومما لا شك فيه أن ذلك البحث كما يكون مستحيلا لأن المشرع لا يمكنه أيه حال أن يصل علمه إلى الظروف المستجدة التى لا تناسب التشريع .

ومن ثم فهى تبنى على الاستحالة والفرضية وليس على الواقعية . وهذه يؤدى إلى نتائج غير مقبوله . فالمشرع بشر

ولايمكنه الوصول إلى كمال الحقائق حيث لا يعلم الغيب وبذلك يمكن القول أن مذهب هذه المدرسة سيؤدى فيما بعد إلى عزل نصوص التشريع عن حاجات المجتمع . وبالتالى يؤدى إلى تخلف المجتمع وعدم السير فى ركاب التحضر الحديث فالعالم أصبح الآن قرية صغيرة . بسبب تطور عالم الاتصالات والثورة الرقمية وتقنينات التكنولوجيا المتقدمة . فتقديس إرادة المشرع لا يأتى على حساب نصوص التشريع .

٢-المدرسة التاريخية :-

يعتبر الفقيه الألمانى سافينى هو المؤسس الأول لهذه المدرسة . ولم ينتمى إليها من الفقه الفرنسى سوى نفر قليل أشهرهم هو الفقيه الفرنسى سالى . وأساس هذه المدرسة يقوم على أن إرادة المشرع سواء الحقيقية أو المفترضة لم يعد لها مجال . وإنما يتعين البحث عن الإرادة المحتملة [١] . فالقانون لم يكن وليد إرادة المشرع

---

(١) زنظر د/ جلال ابراهيم فى التفرقة بين النية الاحتمالية والافتراضية . مثال : ماجرى عليه الفقه الفرنسى من حظر التصرف فى الدوطة العقارية حتى يحق للزوجة الدوطة باستردادها عند حل رابطة الزواج . ولم يتناول منقولات الزوجة - فلا شك أن الارادة المفترضة للمشرع لم يحظر التصرف فيها طالما لم يتناولها النص (المادة ١٥٥٤ مدنى فرنسى) .

وإنما هو وليد إرادة المجتمع فالتشريع بمجرد وضعه كان نتيجة لتطور عوامل بيئية وظروف حضارية أوجبتها .حاجات المجتمع . ومن ثم فهو يتفصل بعد وصفه عن إرادة المشرع . ويتفاعل ذلك مع المستجدات الحديثة . ومن ثم يتعين الإستعانة بالتفسيرات الجديدة التى تتناسب مع تطور ظروف المجتمع . وليس الظروف الوليده التى كانت موجودة عند وضع التشريع . أى البحث عن الإرادة المحتملة للتشريع بما يحقق لهذا التشريع التطور السريع لملاحقة الظروف الاجتماعية المتغيرة . فالبحث دائما يدور ماذا كان يمكن أن يفعله المشرع أو يدخل فى إعتباره مستجدات المجتمع المتطورة . حتى لا تتجمد النصوص وتصبح لها القدرة على مواجهة احتياجات المجتمع المتلاحقة . أى أن التشريع أصبح له قيمة مستقلة ويتوائم مع تطورات العصر الحديث .

تقييم هذه المدرسة التاريخية :-

١- عدم استقرار المعاملات :

طالما أن منهج هذه المدرسة يقوم على التفسيرات الموسعة استنادا إلى الإرادة المحتملة للمشرع فإن ذلك يؤدى إلى تعديل

التشريع وإنشاء قواعد جديدة تؤدى إلى عدم استقرار المعاملات ويمنع ثبات هذه القواعد التشريعية ومن ثم فإن المعاملات تتزعزع ويخلق نوع من عدم الاستقرار .

٢- تحكم السلطة القضائية :-

يؤدى منهج هذه المدرسة إلى خلق نوع من التفسيرات طبقا للأهواء الشخصية . وإيجاد حلول من جانب المفسر وخاصة إذا كان هو القاضى الذى يتولى حل النزاع الذى يعرض أمامه . مما يثير الغموض والاستغراب فى البحث عن حلول عادلة لاتستند إلى نصوص التشريع ، والأخذ بمنهج المدرسة يؤدى إلى ايتداع قواعد قانونية جديدة من صنع القضاء وهو ما يخالف مبدأ الفصل بين السلطات .

٣- مدرسة البحث العلمى الحر :

رائد هذه المدرسة هو الفقيه الفرنسى جينى . وهى مدرسة وسطية بين مدرسة الشرح على المتون والمدرسة التاريخية . ومنطلق هذه المدرسة وأساسها يكمن فى عدم حصر التفسير فى نصوص القانون فقط . ليكن التشريع هو المصدر الوحيد . بل يتعين إضافة

العرف كمصدر من مصادر القانون . وهذا المذهب لا يكون إلابالبحث عن الإرادة من عدة عوامل كما ذكرها أستاذنا الأهوانى [١] وهى أربعة حقائق :- الأولى الحقيقية الواقعية :- أى تلك الظروف المحيطة بالأفراد فى مجتمع واحد . سواء كانت ظروف مادية مثل الظروف الجغرافية أو الظروف المعنوية مثل الأحوال الخلقية والنفسية للأفراد داخل المجتمع . الثانية : الحقيقة التاريخية . نعلم علما يقينيا أن كل نظام قانونى له أصله التاريخى . فيتعين الرجوع إلى هذه المصادر التاريخية للوقوف على إراده المشرع . والثانية : الحقيقة العقلية . أى يجب سلوك الطريق العقلى حتى تأتى القاعدة القانونية متفقه مع طبائع البشر وصلته بالكائنات الأخرى . والرابعة الحقيقة المثالية :- أى يجب اللجوء إلى المثل العليا التى يتبعها الإنسان فى حياته . وهى مستمدة من الفكر والإيمان والعقيدة . فعلى القاضى عند البحث عن الحل العادل إذا لم يجد فى نصوص التشريع أو فى قواعد العرف عليه للجوء إلى البحث العلمى الحر .

وهذا المنهج الأخير لن يتأتى إلا من خلال هذه الحقائق الأربعة سالفة الذكر .

---

(١) أنظر د/ حسام الأهوانى السابق ص ٢٦١.

وهذه المدرسة هى أكثر المدارس رواجا فى الآونة الحاضرة .
وأخذ بها المشرع المصرى وأبلغ دليل على ذلك ما ورد فى المادة ٢/١ مدنى مصرى [. . . . فإذا لم يجد القاضى فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة] فبعد أن رتب المشرع أمام القاضى المصادر التى يتعين اللجوء إليها . فتح الباب أمامه بالاستعانة بمبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة . ولا شك أنها تمتلك كما ذهب البعض المصادر المادية للقاعدة القانونية (١) .

---

(١) أنظر د/ أبو زيد عبدالباقى السابق ص ٢٤٧.

الباب الثالث

مشكلة تطبيق القانون

تمهيد :-

يعد الفراغ من دراسة مستفيضة حول الحديث عن ماهية القانون أنواعه وفروعه ومصادر القانون وتفسيره وإلغاء . لابد لنا الوقوف حول أهم مشكلة فى مجال هذه الدراسة وهى كيف يمكن تطبيق القانون . سواء من حيث الأشخاص أو الموضوع أو الزمان فقد أسفرت التطبيقات العملية عن العديد من المشكلات فى هذا المجال . يتعين ابرازها فى فصول ثلاثة هى :-

الفصل الأول :- تطبيق القانون من حيث الأشخاص والمكان .

الفصل الثانى : تطبيق القانون من حيث الزمان

الفصل الثالث :- إلغاء القاعدة القانونية .

وسوف تكون خطة الدراسة على النحو التالى :

الفصل الأول

تطبيق القانون من حيث الأشخاص والمكان

تمهيد :

يعتبر تطبيق القانون سواء من حيث تحديد الأشخاص المخاطبين بأحكامه أو المكان الذى يجب أن يطبق فيه . أهم موضوعات الدراسة والبحث فى مجال التمهيد لدراسة المدخل فى النظرية العامة للقانون . ومن ثم تأتى خطة الدراسة فى هذا الفصل موزعة على مبحثين هما :-

المبحث الأول :- تطبيق القانون من حيث الأشخاص . والمبحث الثانى :- تطبيق القانون من حيث المكان . وذلك على النحو التالى :-

المبحث الأول

تطبيق القانون من حيث الأشخاص

س:- من المخاطب بأحكام القانون ؟ . السلطة القائمة على تطبيقه أم الأفراد الخاضعين للسلطة . ذهب البعض [١] للإجابة على هذا التساؤل . ذهب الفقه الألمانى وعلى رأسة جينى أن القانون متجه فى خطايه إلى الحكام وليس المحكومين . أى إلى السلطة العامة فى الدولة ولا ينشأ عنه أى التزام تجاه المواطنين المحكومين . فأجهزه الدراسة تعمل على احترام الأفراد للقانون ولتوقيع الجزاء عليهم عند مخالفة قواعد هذا القانون . كما ذهب البعض الأخر إلى القول أن القانون يوجه إلى جميع الأفراد فى الدولة حتى الأفراد غير الكاملى الإدراك ولكن هذا الاتجاه الأخير غير منطقى . حيث أن غير كاملى الادراك مثل الصبى عديم التمييز لا يستطيع إدراك أحكام القانون : وكذلك المجنون . وعلى كل حال فإن القانون يسرى على كل الأشخاص المخاطبين بأحكامه . حتى ولو كانوا يجهلونه والأشخاص غير المدركين لأحكامه يخضعون لأحكام خاصة . مثلما

---

(١) أنظر د/ سمير عبدالسيد عتناغو السابق ص ٢٠١.

فعل المشرع المدنى فى مجال بطلان العقود وعيوب الإدارة ويذهب أستاذنا الدكتور / سمير تناغو [1] إلى أن أساس خضوع الأفراد حكاما ومحكومين لأحكام القانون هو قاعدة جوهرية به [عدم جواز الإعتذار بالجهل بالقانون] .

وهذه القاعدة متصلة بقاعدة من قواعد الصياغة القانونية وهى اقتراض العلم بالقانون . فالجهل بالقانون لا يحول دون تطبيقه عمن يجهل أحكامه . والعكس من ذلك . أى القول يعكس ما تقدم يؤدى إلى ذيوع وانتشار الفوضى والإفلات من أحكام القانون . وقاعدة الافتراض تنشأ عن حقيقه مؤداها . نشر التشريع أى الإعلان عن ميلاد التشريع الجديد فالتشريع الوليد لا يستمد صفة الإلزام إلا بعد عملية النشر . فيصبح التشريع نافذا . فهناك تلازم أكيد بين العلم بالقانون ونفاذ القانون . وبالترتيب على ذلك . أى يترتب نتيجة منطقية على ذلك ألا وهى . فى حالة استحالة العلم بأحكام التشريع . فإن من استحال علمه به نتيجة هذه الظروف . فلا يعلم بالقانون . ويجوز له التزرع بالجهل بأحكامه .

(١) أنظر د/ سمير تناغو السابق ص ٢٠٤ - ٢٠٥.

وقد طالعتنا محكمة النقض المصرية فى أحد أحكامها الشهيرة بمدأ قضائى [1] هو " ... لا يقبل من أحد الإعتذار بجهله بالقانون أو اثبات أن ظروفه الخاصة قد حالت دون علمه الفعلى . وإنما يقبل فقط العذر بالجهل بالقانون إذا حالت قوة قاهرة دون وصول علمه الى المخاطبين بأحكامه مثل عدم وصولو الجريدة الرسمية إلى هذا الإقليم بتاتا دون غيره من باقى أقاليم الجمهورية ".

ويضيف صاحب هذا النظر إلى أن أساس قاعدة إفتراض العلم بالقانون للمخاطبين بأحكام هذا التشريع تقوم أساسا على قرينة قانونية كما ذهب الفقيه دابان بينما ذهب البعض الآخر أنها تقوم على حيلة قانونية [2].

أ - الاتجاه الأول : أساس قاعدة افتراض العلم بالقانون "حيلة قانونية" :

يذهب صاحب هذا النظر أن الحيلة القانونية هى التي تجعل من الشئ غير الصحيح صحيحا . وذهب جينى إلى أن عنصرا

(١) أنظر نقض مدنى مصرى ١٩٥٦/٥/١٧ م. ج. م السنة ٧ ص ٦٠٧.
(٢) أنظر د / سمير تناغو السابق عرض هذا الأساس تفصيلا ص ٢٠٥ - ٢٠٦.

الاحتمال فى حالة القرينة القانونية أنها تقوم على جعل الشئ المحتمل أو الممكن صحيحا . مستوفيا . فالأمر لا يعدو أن يكون سوى مجرد حيلة قانونية نعبر عن شئ مخالف للواقع والحقيقة . فالمعول عليه فى هذا الصدد هو قطع كل كذب حول علم الأفراد بالقانون .

ب - أساس افتراض العلم بالقانون " قرينة قانونية " :

كما سبق القول أن القرينة هى افتراض يجعل الشئ المحتمل صحيحا . وهذا يؤدى الى نوع من العدل التوفيقى بين عدم انطباق القانون إلا على من يعلم به بالفعل وبين الضرورات التي تبيح عدم انطباق القاعدة فى حالة عدم العلم بالقانون فطالما يوجد احتمال فى علم الأفراد بالقاعدة المراد انطباقها . فهناك من ثم قرينة قانونية على العلم بها . ويضيف صاحب الاتجاه الأسبق . أنه لا يشترط أن يكون هناك تلازم بعلم الأفراد بكل القواعد القانونية حتى توجد هذه القرينة . وإلا تم الانتقال فى مجال الاحتمال الى اليقين فالقرائن بصفة عامة لا تقوم على اليقين . ولعل المشرع أخذ بقاعدة الافتراض بالعلم بالقانون حتى يمكن تطبيقه حتى ولو لم يعلم به أو يجهله حتي

الأفراد العاديين . فى مواجهة صارمة لظاهرة الجهل بالقانون . والحقيقة التي نلمسها فى هذه الآونة الحديثة ونحن على مشارف الألفية الثالثة القرن الحادى والعشرين . أصبح حتى العاملين فى حقول القانون أنفسهم سواء كانوا قضاة أو رجال قانون مثل المحامين أو حتى أساتذة القانون عاجزين عن ملاحقة التشريعات وخصوصا التشريعات الفرعية التي أصبحت تختلط فى معظم أحكامها . بل وقد تتعارض مع تشريعات عادية . وكثرة تدخل المشرع بالقواعد الاستثنائية حماية للوظيفة الاجتماعية لحق الملكية ففى هذا الحكم التشريعى الهائل نرى حلا لدرء هذه الظاهرة بالإضافة الى ما اشترطه المشرع لنفاذ التشريع نشره فى الجريدة الرسمية وتوزيعها فى كافة أنحاء الدولة . الإعلان عن ميلاد التشريعات الجديدة بالوسائل المدنية . فقد أصبح العالم الان أشبه بقرية صغيرة . للتطور الهائل فى عصر الثورة الرقمية بالنشر عنها فى وسائل الاعلام والفضائيات والكيانات المنطقية مثل الإنترنت . وجعل هذه الرسائل متاحة بصفة ميسرة ومجانية قطعا لكل إدعاء بالجهل بالقانون . واضافة لما تقدم فإن قاعدة افتراض العلم بالقانون تقوم ليس على العلم اليقينى به . ولكن على إمكانيـة العلم به . ويطبق هذا الافتـراض على

القواعد الآمرة والمكملة والقواعد العرفية وكذلك القانون الاجتماعى (١).

جواز الإعتذاز بالجهل بالقانون

س : هل يجوز الادعاء بالجهل بالقانون ؟

هذا التساؤل هو إجابة واضحة على أن قاعدة افتراض العلم بالقانون وهي تقوم على قرينة قانونية بسيطة يجوز إثبات عكسها ، وليس قرينة قانونية قاطعة كما يراها العامة . وكما أجازت محكمة النقض المصرية هذا الاستثناء فى حالة عدم وصول الجريدة الرسمية الى إحدى إقاليم الدولة . أو وجدت قوة قاهرة منعت هذا الوصول . فإذا وجدت أسبابا تحول دون إمكانية العلم بالقانون . فانه لا مجال للافتراض . ويجوز الادعاء بالجهل به . وهذه الأسباب قد تكون عامة أى راجعة الى تقصير المختصين بالنشر أو أسباب تعود إلى شخص المخاطب منه ويطلق عليها أسبابا خاصا (٢). وعلى كل حال

---

(١) أنظر د/ سمير تناغو السابق ص ٢٣٧.
(٢) زنظر د سمير تناغو السابق ص ٢٢١

ذهب أستاذنا الفاضل الدكتور / سمير تناغو الى أنه توجد أسبابا عامة للجهل بالقانون حصر فى أربعة أسباب هى : الغلط الشائع يولد الحق - حسن النيه - عيوب الارادة - وجود بعض القيود الواردة على بيع العقار . وسوف نتولى إيضاح هذه الأسباب كما يلى . ومما نود الإشارة اليه هنا أن هذه الأسباب تعد استثناء على قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون وهى الأسباب :[١]

١ - الغلط الشائع يولد الحق :

" نشأة قانون الغلط الشائع " :

ظهرت هذه الفكرة فى بادئ الأمر فى ظل قواعد القانون الرومانى بمناسبة تعيين العبد بارباريوس فيلبس بريتورا عاما أو حاكما عاما . على خلاف القواعد المعمول بها فى هذا لقانون . فالعبد لايكون الا حراً ولكن عندما اكتشف الأمر بأن بارباريوس كان عبدا وليس حرا . فلم تبطل المراسيم والقرارات الصادرة منه ، فلايجوز لمواطنى الدولة التذرع بالتحلل من هذه المراسيم والقوانين الصادرة من البريتور بحجة أن هناك بطلان فى قرار تعيينه بريتورا حيث أنه عبدا وليس حرا . للإفلات من حكم هذه القوانين . وهذا

(١) أنظر د/ سمير تناغو السابق ص ٢٣٨.

الغلط ليس غلط فى القانون . ولكنه غلط فى صفة الشخص . فالعبد بارباريوس فيلبس لم يكن حرا حتى يعين بريتورا . ومع ذلك لم يبطل قرار تعيينه ولا القرارات والمراسيم الصادرة منه . وقد تم تطبيق القاعدة (الغلط الشائع يولد الحق) (١). وهذا الغلط كما سبق إما أن يكون غلط فى الواقع أو غلط فى القانون . ويتعين ذكر الأمثلة التالية :

١ - الغلط فى الواقع : أ - ماجاء النص عليه فى المادة ١٠٧ مدنى (العقد الذى يبرمه النائب بعد إنتهاء وكالته دون أن يعلم هو أو من يتعاقد معه بانتهاء الوكالة) .

والوكيل هنا أو النائب الظاهر . وقد أجاز المشرع تصرفه فى حق الأصيل حماية للثقة المشروعة فى المعاملات

ب - ماجاء النص عليه فى المادة ٣٣٣ مدنى (إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن هذا الوفاء أو عادت عليه منفعه منه وبقدر هذه المنفعة . أو تم الوفاء

---

(١) أنظر د/ محمود جمال الدين ذكى التعليق على حكم التصرفات الظاهرة يعوض مجلة نادى القضاة المصرى عام ١٩٩٧ ص ٢١١.

بحسن نيه لشخص كان الدين فى حيازته) . فالمشرع هنا أجاز الوفاء للدائن الظاهر الذى يبدو أمام العامة أنه دائن وخاصة اذا كان بيده سند المديونية . وجعل هذا الوفاء صحيحا . وكذلك الرهن الصادر من الوارث الظاهر .

٢ - الغلط فى القانون

قد يكون هذا الغلط فى أحد نصوصه . كما هو الحال فى ذكر توريث الزوج ثمن التركة بدلا من ربع التركة . فهذا الغلط يؤدى الى الإفلات من التطبيق الصحيح للقاعدة القانونية وكذلك الحال لو باع الوارث الظاهر نصيبه فى التركة على أساس نصف التركة أو باع التركة بأكملها . ثم أتضح فيما بعد أنه لا يرث سوى ربع التركة أو محجوب من الميراث أو لا يرث لوجود أحد موانع الميراث .

ويستوى لأعمال هذا الغلط أن يكون الغلط فى الواقع أو فى القانون ففى كل الأحوال يؤدى الى الإفلات من حكم القاعدة القانونية.

وهذه القاعدة كما يعرفها مازو [١](أنها تحمى المصلحة

(١) أنظر د/ سمير تناغو ص ٢٣٩ مشار اليه هامش ١٩٣ ص ٢٢٩.

العامة فى صراعها المستمر ضمن سلطات القانون) .

شروط اعمال الغلط الشائع يولد الحق

ذهب الفقه[١] إلى أنه يتعين لإعمال هذه القاعدة لابد أن يكون الغلط سواء كان فى الواقع أو القانون مشتركا بين الناس . ولكى يتحقق ذلك يجب الأخذ بمعيار موضوعى يستمد من عدد الأشخاص الذين وقعوا فى غلط وسبب وقوعهم فيه . أى يجب الأخذ بالمعيار الموضوعى وليس بمعيار شخصى . وذهب مازو الى أن المعيار الموضوعى العددى يقوم قرينة على توافر المعيار الشخصى . أما إذا وجد الميعار الشخصى فقط فهو كاف وحده لإعمال القاعدة دون المعيار العددى . فالعبرة فى الغلط أن يكون قهريا لا يمكن توقعه أو تقبله [٢]. فالأسباب الفنية لا تصلح معيارا كافيا للاعتداد بالغلط حتى ولو أصبح عاما بين الأفراد .

---

(١) أنظر د/ سمير تناغو ص ٢٣٠.

(٢) أنظر د/ سمير تناغو ص ٢٣١ مشار اليه هامش ١٩٢.

مبررات الغلط الشائع يولد الحق

لعل مبررات هذا الاستثناء تبرر الإدعاء بالجهل بالقانون والإفلات من حكم قواعده تكمن فى الحفاظ على الحقوق والمراكز القانونية المخالفة لنصوص التشريع . وحماية للثقة فى المعاملات وتحقيقا للوضع الظاهر . فكلها تحقق المصلحة العامة والعدالة بين الأفراد .

٢ - حسن النية

تعتبر فكرة حسن النية الوجه الآخر لفكرة الجهل بالقانون . فالجهل بالقانون مجردا من أية اعتبارات يقوم عليها لا يصلح فى حد ذاته مبررا للإفلات من حكم القاعدة القانونية . وكما يذهب البعض[(١)] أن هناك فكرة أخري دراء بالجهل بالقانون تبرر الإعفاء منه وهى فكرة حسن النية . فالإعفاء من حكم القاعدة تعد أساسا بسبب فكرة حسن النية وليس الجهل بالقانون . أى تحل فكرة حسن النية مكان الجهل بالقاعدة القانونية . وعلى عكس قاعدة الغلط الشائع

---

(١) أنظر د / سمير تناغو السابق ص ٢٢٧.

كما سبق فهى تصلح للتطبيق فى وجه أى قاعدة من قواعد القانون . غير أن حسن النية لايقوم الا استثناء ومراعاة لمصلحة عامة دون المصلحة الخاصة تبرر خروجا على قاعدة قانونية وهى قاعدة عدم جواز الاعتداد بالجهل بالقانون . ويضرب صاحب هذ النظر أمثلة على ذلك : وجود فكرة الزواج الظنى لتصحيح علاقة الزوجية الباطلة . فلولا إعمال هذه القاعدة لأصبح الأولاد من هذا الزواج الباطل أولاد غير شرعيين . فرغم بطلان الزواج رتب المشرع عليه آثار الزواج الصحيح . وكذلك الحال فى الجهل بموانع الزواج . فالمشرع يضع موانع للزواج خاصة بالقرابة أو المصاهرة والرضاع . فكل ذلك يكشف عن حسن النيه الذى يعتبر مانعا للإعفاء من حكم القاعدة القانونية . فالمشرع باعمال فكرة الزواج الظنى سالفة الذكر قصر آثار بطلان العقد على المستقبل فقط .

٣ - عيوب الإرادة

س : هل تصلح عيوب الإرادة سبب للإستثناء بجواز الاعتداد بالجهل بالقانون ؟

للإجابة على هذا التساؤل يتعين إبراز تنظيم عيوب الارادة وهى

الغلط - التدليس - الإكراه - الاستغلال - وقد تناولها المشرع في جميع أحكامها فى المواد ١٢٢ - ١٣٠ مدنى مصرى وأهم هذه العيوب الغلط - سواء كان فى الواقع أو فى القانون أو الغلط فى الشخص نفسه .

وقد أباح المشرع للغالط الذى وقع فى غلط جوهرى وكان هذا الغلط هو الباعث الدافع الى التعاقد أن يطلب إبطال العقد بهذا العيب الذى لحق إرادته . وليس هذا المجال الفسيح لعرض عيوب الإرادة فالأحكام العامة فى مصادر الالتزام فيها الغناء والشفاء [١].

وذهب البعض [٢]إلى أن الغلط فى القانون هو الذى دفع المتعاقد الى ابرام العقد . وكان هو الدافع وراء وقوعه فى هذا الغلط . أى الدافع الباعث الى التعاقد سببا فى عيب الإرادة ذاتها . وكأن الغلط في القانون يستتر وراء فكرة أخرى هى عيب الإرادة . وهذه الأخيرة هى التى تبرر الإفلات من حكم القانون . ونذهب مع البعض

---

(١) أنظر د/ حمدى عبدالرحمن أحمد ، مصادر الالتزام عام ٢٠١ ص ٢٢٣.نزيه المهدى الالتزام قبل التعاقدى ص ٢١٨

(٢) أنظر د / سمير تناغو السابق ص ٢٣٠.

فى الفقه [١]. إلى أن الغلط كعيب من عيوب الإرادة والذى يؤدى إلى ابطال التدليس فيه خروج على قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون . وليس فيه تهرب من أحكام القانون . بل العكس صحيح فمتي يطلب ابطال العقد بطلب تطبيق صحيح القانون . أى أن الأمر كما يذهب أستاذنا الفاضل الدكتور سمير تناغو لا يتخطى العقد بل فى نطاقه . ولكن ذلك بشرط الأ يكون المشرع قد اشترط عدم جواز التمسك بالغلط [٢]. ومما هو جدير بالذكر هنا أن عيوب الإرادة تقوم أساسا على غلط فى شخص المتعاقد . وبالتالى لا يمكن الاحتجاج به والأخذ بقاعدة القوة الملزمة للعقد ، ويشترط ستر هذه الفكرة فى فكرة أخرى وهى عيب الإرادة كما سبق القول . وذلك على خلاف قاعدة الغلط الشائع السابقة فهى تقوم على أسباب عامة . ويمكن الاحتجاج بها ضد أية قاعدة من قواعد القانون .

---

(١) أنظر د/ حشمت أبو ستيت ص ١٧٨ - د حسن كيره ص ٣٢٠ - د/ السنهورى - الوسيط جـ ١ ص ٢٣٨ . د/ سمير تناغو السابق ص ٢٣١.

(٢) أنظر المادة ٥٥٦ مدنى (لا يجوز الطعن فى الصلح بسبب غلط فى القانون) .

٤ - القيود الواردة على العقار المبيع

نظم المشرع المصرى القيود التي ترد على حق الملكية [١] منها ما يتعلق بحق التملك ذاته - ومنها قيود تتعلق بالمرور والشرب والصرف . ومنها قيود ترد على الملكية ذاتها . مثل الحد الأقصى للملكية . ومنها قيود تحد من منفعة العقار لصالح عقار أخر - وهى حقوق الارتفاق العقارية وكذلك القيود القانونية مثل قيود التنظيم والمطلات والضمان للعيوب والشرط المانع من التصرف . كل هذه قيود ترد على العقار . وقد تناولها المشرع فى حق الملكية .

ويذهب القضاء الفرنسى الى التفرقة بين نوعين من القيود القانونية الأولى قيود ناشئة عن النظام العام للملكية . وهى ليست محلا للضمان الخفى الذى يضمنه البائع للمشترى والثانى تلك القيود التي تعتبر نتيجة عادية لنظام الملكية مثل قيود التنظيم وهذه يضمنها البائع للمشترى .

والقاعدة العامة هى ضمان العيوب الخفية للعقار المبيع الواردة

---

(١) أظر للمؤلف حق الملكية فقها وقضاء عام ٢٠٠١/٢٠٠٢ ص ١٩٨ - ١٩٩.

فى المادة ٤٤٧ مدنى مصرى يكون البائع ملزما بالضمان ٠٠٠٠٠ ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشترى يعرفها وقت البيع ٠٠٠٠ الخ النص ".

وقد ذهبت محكمة النقض المصرية [١] الى " أن العلم المسقط لدعوى الضمان للعيب الخفى هو العلم الحقيقى دون العلم الإفتراضى " . وهذا الحكم خاص بقيود التنظيم . فالبائع لا يستطيع الاحتجاج فى مواجهة المشترى بإفتراض علم المشترى بتلك القيود التي تم نشرها فى الوقائع الرسمية . بل لابد من اثبات العلم الفعلى بتلك القيود علما حقيقيا . فالبائع عليه اثبات العلم حيث يدعى المشترى الجهل بها . فالمشرع أوجب عدم انطباق القانون فى حق المشترى ومراعاة لبعض الاعتبارات الا فى حالة ثبوت العلم الحقيقى . ويفترض فى هذا البعض الجهل بالقانون . وعلى من يدعى علمه به أن يقيم الدليل على ما يدعيه . هذه المبررات سالفة الذكر تعتبر استثناء على مبدأ افتراض العلم وعدم جواز الاعتداد بالجهل بالقانون وكما يذهب أستاذنا الدكتور سمير تناغو أن هذه المبادئ سالفة الذكر تتراجع أمام بعض الاعتبارات الخاصة [٢].

---

(١) أنظر نقض مدنى ١٩٩٨/٩/١٥ منشور فى مجلة القضاة الفصلية ص ١١٧

(٢) أنظر د/ سمير تناغو السابق ص ٢٣٢.

المبحث الثاني

تطبيق القانون من حيث المكان

س : هل يطبق القانون على جميع الأشخاص المقيمين على إقليم الدولة .

تنازع الاجابة على هذا التساؤل مبدأين هما : مبدأ الإقليمية ومبدأ الشخصية . فأى المبدأين أفضل وما حكم العمل بهما فى التشريع المصرى

أ - مبدأ الإقليمية

الأصل أن الدولة تتمتع بثلاث عناصر هى : الإقليم - الشعب - السلطة . وبوجود هذه العناصر الثلاثة يتحقق الوجود الفعلى . ومن هذا المنطلق فان وجود الدولة يترتب عليه سيادتها على الإقليم الذى يوجد به الشعب والسلطة . فهى المنوط بها تنظيم هذا المجتمع دون أن تتدخل أى دولة أخرى فيه . ومن ثم فإن قانون الدولة هو الذى يسرى على إ قليمها مهما كانت جنسية المقيمين عليه . سواء كانوا وطنيين أم أجانب . فالقانون المصرى يسرى على جميع

القاطنين على إقليم الدولة جمهورية مصر العربية . حتى ولو كانوا أجانب . وبالتبعية لذلك فإن نطاق القانون لا يتعدى حدود إقليم الدولة احتراما لسيادة الدول الأخرى وقوانينها [١]. والأخذ بمبدأ الإقليمية سوى يمحو تماما مشكلة تنازع القوانين فإذا كان كل قانون يسرى فقط على إقليم الدولة التي ينتمى اليها . فلا يمكن أن تتنازع قوانين لحكم هذه العلاقة القانونية .

تنظيم المبدا

فى ظل ظاهرة العولمة وتحرير التجارة العالمية . وزوال الفواصل والحدود . فأصبح العالم كله الآن شبه قرية صغيرة ، ويصعب الآن الأخذ بمبدأ الاقليمية على اطلاقه ومن ثم فلابد من فتح الطريق أمام المبدأ الثانى وهو مبدأ شخصية القوانين . أى يسمح بتطبيق قانون دولة أخرى يتبعها غير الوطنى .

ب - مبدأ شخصية القوانين

لما كان القانون يوضع لخدمة الشعب وليس الإقليم . فالدولة

---

(١) أنظر د/ حسام الأهوانى ص ٢٩٥.

عندما تضعه تراعى السلوك الاجتماعى الذى يتأتى عليه هذا الشعب . ومن ثم وجب تطبيق القانون على هؤلاء الأشخاص أينما كانوا وفى أى إقليم حتى ولو كان إقليم دولة أخرى لا يتبعها بجنسيته هؤلاء الأشخاص . وكما يذهب البعض [١]. أن القانون يتبع الشخص أينما يوجد . فهو يخضع لقانون دولته ولو كان خارج إقليمها . وهذا المبدأ يحقق السيادة الكاملة للدولة على رعاياها أينما كانوا . ولكن الأخذ بهذا المبدأ يعتبر اعتداء على سيادة الدولة التي يطبق عليها القانون الأجنبى . ومن هنا نشأت مشكلة تنازع القوانين .

تقييم المبدأ

إن السماح بتطبيق القانون الأجنبى على إقليم الدولة . يعتبر أشد صور إنتهاك هذه السيادة وسوف يؤدى الى تعدد القوانين المطبقة داخل الدولة وزعزعة النظام القضائى فيها . فيتعين على القاضى الوطنى العلم الكامل بأحكام القانون الأجنبى وفيه إرهاق شديد فى تحصيل هذا العلم . ومن ثم فإنه إذا تعارض هذين المبدأين يغلب مبدأ الإقليمية حرصا على سيادة الدولة . ومنعا لزيادة مشكلة تنازع القوانين .

(١) أنظر د/ حمدى عبدالرحمن السابق ص ١٢١.

الوضع فى فى مصر

الأصل المقرر فى التشريع المصرى الأخذ بمبدأ الإقليمية مبدأ سيادة الدولة على إقليمها وشعبها ولكن هذا المبدأ ليس مطلقا . فوجد عليه العديد من الاستثناءات سواء فى مجال القانون العام أو قانون العقوبات . وقبل عرض هذه الاستثناءات يتعين إبراز معالم .

لقد عانت مصر من الاستعمار القضائى نتيجة لوجود الامتيازات الأجنبية والطائفية بها ومن ثم فقد بات لزاما علينا فى مقام البحث والدراسة بيان مراحل تطبيق القانون الأجنبى ومدى إعمال مبدأ الإقليمية والشخصية على النحو التالى :

أولا : فى ظل الإمتيازات الأجنبية فى مصر

تم إلغاء الإمتيازات فى مصر فى ١٥/ ١٠/ ١٩٤٩ . وقبل هذا الإلغاء وقبل عام ١٨٧٥ تاريخ انشاء المحاكم المختلطة . كانت الدولة العثمانية مرحبة بالتواجد الأجنبى على إقليم الدولة . فقد سعى محمد على والأسرة المالكة الى جذب أكبر عدد ممكن من

الأجانب في مصر . لخق نوع من الثراء الفكرى والعلمى . ومن هنا زاد تعدد هؤلاء الأجانب . وبدأ الصراع يحتدم بين الوطنين . ومن مظاهر هذا الصراع . كان إذا ارتكب الأجنبى جرم ما يسلم الى القنصل التابع له ليتم محاكمته عن طريقه وكانت نصوص الإمتيازات السارية في الدولة العثمانية تقضى باختصاص القضاء والتشريع المحلى بنظر الجنايات والجنح والمخالفات التي ترتكب فى تركيا ضد الرعايا العثمانيين أو ضد النظام العام ويخرج عن اختصاص القنصل . وكان رئيس المحكمة المصرية فى المواد المدنية له الرئاسة الشرفية فقط دون الرئاسة الفعلية . من هناكان العداء الشديد بين المواطنين والأجانب . وعندما أنشأت المحاكم المختلطة فى عام ١٨٧٥ كان سبب هذا الإنشاء هو تفادي التقاضى التي نتجت عنه سوء تطبيق هذه الإمتيازات الأجنبية فى مصر . وهذه المحاكم المختلطة كانت تتولى الفصل فى المنازعات التي تنشأ بين هؤلاء الأجانب الذين يتمتعون بالإمتيازات دون غيرهم . ولا تتناوله أشخاصا كانوا خاضعين للقضاء الوطنى . وليس لهم متيازات ولا حتى محاكم خاصة . إلا أن المحاكم المختلطة استندت الى نص المادة ١٣ من لائحة ترتيب المحاكم وهى القانون ٤٦٢ فى مد

اختصاصها . وذهبت الى أن العبرة فى اختصاصها بالمصالح التي تؤثر فيها الخصومة . فإذا كانت تمس مصلحة مختلطة فإن الاختصاص ينعقد لها . ومن هنا تبدأ بالفعل المحاكم الأهلية والقنصلية اختصاصها ولم يكن التشريع المصرى هو المطبق حتى بعد عام ١٨٧٥ إلا إذا وافقت عليه الدولة صاحبة الإميتازات .

ثانيا : فى ظل الإمتيازات الطائفية

نظراً لتعدد العنصر الأجنبى والطائفى فى مصر . فكان لا يوجد قانون موحد للأحوال الشخصية . وكذلك لم يوجد للعناصر الملية أو الطائفية جهات قضائية منظمة ومن ثم كان هناك تعدد فى جهات القضاء . ويعزى هذا التعدد كما ذهب أستاذنا الأهوانى [١] إلى أن الشرع الإسلامى الحنيف كان يطلق حرية الإعتقاد لغير المسلمين الذين يخضعون لسلطانه . وتركهم يلجأون إلى قضائهم الملى فى أمور دينهم طالما أنهم يؤدون الجزية . كما أن الخط الهمايونى الصادر من الدولة العثمانية فى ١٨٥٦ كان يترك هؤلاء ينظمون أمور دينهم طبقا لمذاهبهم وعاداتهم . وظل الوضع هكذا حتى تم توحيد

(١) أنظر د الأهوانى السابق ص ٣١١.

جهات القضاء بالقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ والذى وحد التشريع للمصريين فى مجال الأحوال الشخصية فقد ألغيت الإمتيازات الأجنبية والمحاكم القنصلية وأصبح الوطنين يحاكمون أمام المحاكم الملية والأحوال الشخصية . وهى جهة قضاء عادى دون تمييز بين المسلمين وغيرهم . فقد كان غير المسلمين يتقاضون أمام المجالس الملية وغير المسلمين متحدى الملة والطائفة يلجأ إلى محاكم الأحوال الشخصية مثل المسلمين تماما . وأصبحت هناك مسائل موحدة تسرى على جميع المواطنين مثل : المواريث والوصية والهبة والأهلية [١].

تطبيق القانون فى مصر

المبدأ السائد الآن هو مبدأ الإقليمية لكن هذا المبدأ ليس مطلقا . وإنما كما سبق القول يرد عليه العديد من الاستثناءات سواء فى مجال القانون العام أو القانون الجنائى نعرضها على النحو التالى:

---

(١) أنظر للمؤلف : الأحوال الشخصية لغير المسلمين عام ٢٠٠٢ ص ١٦ - ١٧ .

أولاً : فى مجال القانون العام

١ - فى مجال القانون الادارى والدستورى :

من المعلوم سلفا أن القانون الادارى ينظم الوظيفة العامة وتولى هذه الوظائف قاصر على الوطنين دون الأجانب . كما ينظم القانون الدستورى حق الترشيح للمجلس النيابى وحق الإنتخاب وواجب أداء الخدمة العسكرين أو الوطن . وهذه الحقوق قاصرة على الوطنين دون الأجانب . وهذا يدل على صراحة مبدأ الإقليمية [١].

٢ - فى مجال القانون الدولى الخاص :

عندما نلجأ الى قواعد الإسناد فى القانون الدولى الخاص لتحديد القانون الواجب التطبيق فى شأن المنازعات ذات العنصر الأجنبى . ولا يعد تطبيق القانون الأجنبى فيها انتقاصا من سيادة الدولة لأن القاضي هنا قاضى وطنى وتلقى الأمر من المشرع الوطنى

---

(١) عكس ذلك د/ سمير تناغو ص ٢٥٥ (يرى أن القانون هنا ينطبق انطباق شخصى على الوطنين وحدهم . ويلاحق الوطنى خارج البلاد فلا يحرمه حق فى الانتخاب أو الترشيح للمجال النيابية) .

بتطبيق القانون الأجنبى . ويعلل البعض ذلك أن تطبيق القانون الأجنبى ليس من باب المجاملة الدولية وإنما لأن هذا القانون هو أكثر صلة بالنزاع وعندما نمعن النظر نجد أن المشرع الوطنى فى مصر خصص لقواعد تنازع القوانين المواد من ١٠ الى ٢٨ فى نصوص التقنين المدنى المصرى .

ثانيا : فى مجال القانون الجنائى :

١ - لا ينطبق أحكام قانون العقوبات المصرى على رؤساء الدول الأجنبية وأفراد أسرته وخدمه . وأعضاء السلك الدبلوماسى - والقوات الأجنبية المرخص لها بالتواجد فى إقليم الدولة وفى حدود المناطق المخصصة لها [1].

٢ - يسرى قانون العقوبات المصرى على كل من ارتكب داخل مصر فعلا يجعله شريكا أو فاعلا فى جريمة وقعت كلها أو بعضها فى مصر .

---

(١) أنظر المادة ١٣٠ من القانون ٢٤٧ لسنة ١٩٥٦ فى شأن محاكمة رئيس الدولة والوزراء . ويذكر أستاذنا الدكتور سمير تناغو أن رئيس الدولة لا يخضع لأحكام قانون العقوبات استناذا إلى قاعدة مصدرها القانون الانجليزى (الملك لا يخطئ) السابق ص ٢٥٠.

٣ - يسرى قانون العقوبات المصرى على الجرائم التى ترتكب خارج مصر وتخل بأمن الدولة سواء كان مرتكبها مصرى أم أجنبى . وجرائم التزوير والتزييف والتقليد فى العمله الرسمية سواء المعدنية أو الورقية .

٤ - يسرى قانون العقوبات المصرى فى كل من ارتكب وهو خارج مصر فعل يعد جريمة طبقا لقانون العقوبات المصرى . وقانون البلد الذى وقع فيه الجرم . إذا عاد الى مصر ولم يحاكم فى الخارج أو دون أن يستوفى العقوبة التي صدرت ضده فى الخارج .

يتضح مما سبق أن هذا يدل على استثناءات على مبدأ الإقليمية ، وعودة الى مبدأ شخصية القوانين .

الفصل الثانى

تطبيق القانون من حيث الزمان

تمهيد

لما كانت القاعدة القانونية تحكم الوقائع التى حدثت فى ظلها . من ثم ونشهد حاليا تضارب فى التشريعات السارية . فعندما يلغى القانون ويصدر قانون جديد . هنا يثور التساؤل . هل ينتهى دور القاعدة القانونية بانتهاء القانون التي صدرت فى ظله أم أن نطاق تطبيقها يمتد حتى مع وجود قاعدة جديدة .

ليس فى الأمر صعوبة ما خاصة إذا كانت الوقائع والمراكز القانونية فى تنشأ وتنتهى مع وجود وزوال القاعدة القانونية . لكن المشكلة المؤرقة وهى إذا كانت هذه المراكز القانونية لم تكتمل بعد . هل ينطبق القانون القديم التي نشأت فى ظله أم بزوال كل أثر لهذه المراكز مع القانون الجديد . وهذه المشكلة عرفت فى أوساط ودوائر الفقه (مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان) . ويحكم هذه المسألة مبدأين هما : مبدأ عدم الرجعية ، ومبدأ انعدام الأثر الرجعى

للقانون . وقد بذل الفقه التقليدى والحديث الجهد البارع فى حله لهذه المشكلة . ومن ثم فإن الأمانة العلمية فى مجال البحث تفرض علينا التعرض لهذه الجهود الملموسة . ومن ثم تأتى خطة البحث والدراسة فى هذا الفصل موزعة على ثلاثة مباحث هى : المبحث الأول : مبدأ عدم الرجعية والفقه التقليدى الذى ساهم بدوره فى حل لهذه المشكلة . ونتناول فى المبحث الثانى : مبدأ انعدام الأثر الرجعى ومجهودات الفقه الحديث لحل هذه المشكلة . ونتناول فى المبحث الثالث : موقف التشريع المصرى من مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان

المبحث الأول

مبدأ عدم رجعية القوانين

تمهيد

لقد ظهر هذا المبدأ فى ظل النظام الدستورى فى عهد الرومان ويقضى باحترام الوقائع الماضية ومن ثم كان لهذا المبدأ أهميته ومبرراته ٠ وقد أدلى الفقه التقليدى بالدفاع عنه باستعمال التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل . ومن هنا كان لابد من وقفة وهى قاصره على بحث هذا المبدأ ومبرراته وأهميته فى مطلب أول . والتفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل فى مطلب ثانى . كما يلى :

---

(١) أنظر د/ سمير تناغو السابق (أشار الى الخطبة التي ألقاها سيسرون عندما هاجم المنشور الذى أصدره البريتور عندما جعل للوصية أثر رجعى وأوجب احترام القانون المدنى للوقائع الماضية عليه ص ٢٦١.

المطلب الأول

ماهية المبدأ ومبرراته

المبدأ :

يقصد بذلك كما ذهب البعض أن القانون لا صلة له بما تم فى الماضى . وإنما يطبق على الوقائع التى تحدث بعد نفاذه . ويظل محكوما بالتشريع الذى حدثت فى ظله تلك الوقائع .

ولقد تناول الدستور المصرى فى المادة ١٨٧ والتي جاء نصها " لا تسرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها . ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبله . ومع ذلك لا يجوز فى غير المواد الجنائية النص فى القانون على خلاف ذلك إلا بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب " .

بامعان النظر فى النص سالف البيان يتضح منه أن المشرع الدستورى يتقيد بمبدأ عدم الرجعية فلا يمكن أن يسرى القانون على الماضى ضمانا لحرية الأفراد . وهو مبدأ موجه فى خطابه إلى القاضى بالتقيد بمبدأ عدم الرجعية . أما المشرع يختلف عنده

الوضع فلا قيد عليه سوى التشريعى وهو موافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب . ويقصد بالأغلبية هنا ليس أغلبية الحاضرين . ولكن أغلبية أعضاء المجلس دون عدد الحاضرين بالجلسة . وهذا فى المواد المدنية فقط. وحكمة اشتراط ذلك القيد هو خطورة استخدام هذه الرخصة التشريعية . وأتي مبدأ عدم الرجعية ماجاء فى عجز المادة الخامسة من قانون العقوبات المصرى والتي جاء نصها " يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به . وقت ارتكابها " . ومن ثم فإن هذه الوسيلة القانونية [٢]، فى تقييد إرادة المشرع فى التمسك بعدم الرجعية . هى وسيلة مثلى فى ضمان الحريات وحماية المراكز القانونية وبالتالى فان هذا المبدأ يعد من المبادئ السامية التي يترتب على مخالفته تحطيم كامل لفكرة القانون . وقد وجدت اعتبارات عدة تجعلنا نؤمن بذلك المبدأ وان كان هناك بعض استثناءات عليه . ونسوق هذه الاعتبارات فيما يلى تحت مبررات المبدأ .

---

(١) أنظر د / أبو زيد عبدالباقى السابق ص ١٩٠ - ١٩١.

(٢) أنظر د/ سمير تناغو السابق ص ٢٦٤.

مبررات المبدأ:

أ - اعتبار العدالة : أنه من العدل إذا تصرف الأفراد تصرفات مدنية معينة فى ظل قانون سوف تكون مجهولة المصير . فقد يصدر قانون يجعلها باطلة ولا أساس لها .(١)وتهدر من ثم هذه المراكز القانونية . فلو باع شخص عقاراً معينا . ثم صدر قانون يجعل بيع هذا العقار باطلا . فان هذا القانون سوف يبطل التصرف مما يؤدى إلى زعزعة الثقة فى المعاملات وإذا قام الشخص بتصرف معين مباح . ثم صدر قانون جديد يجعل هذا الفعل مؤثم قانونا . فالتصرفات حكمها واستقرارها فى المستقبل محدد سواء فى المجال المدنى أو الجنائى فالغاء التصرفات التي استقرت يعني كما ذهب أستاذنا الأهوانى سيادة الغموض وعدم الاستقرار فى الدولة . وهذا يناهض بصفة أساسية الهدف المنشود من سريان القانون ونشره والعلم به .

ب - اعتبار المنطق والمصلحة العامة : من المسلم به أن القانون طبقا للمجري العادى للأمور أن يطبق على الوقائع والتصرفات التي تحدث فى ظله . ولا شأن للتشريع الجديد بما يستحدث من وقائع أو تصرفات . وإذا ذهبنا عكس ما تقدم فان

(١) أنظر : الأهوانى السابق ص ٢١٨.

المنطق ينعدم . وسوف تضطرب المعالامات وتنعدم الثقة بين الأشخاص . ويؤدى إلى عدم استقرار المراكز القانونية طالما أن الأشخاص لا يعرفون مستقبل تصرفاتهم . فاعتبار المصلحة العامة هنا يعلو على كل اعتبار . فالهدف الأساسى من القانون هو كفالة الحقوق وصيانة المراكز القانونية والقاعدة العامة أنه لا يوجد مبدأ مطلق التطبيق . ولكن لابد له من استثناءات ترد عليه فقد يحدث أن المشرع ينظم أحكاما انتقالية عندما يصدر قانونا معينا لعلاج ما قد يثور عند تطبيقه . فهنا يثور مشكلة تنازع القانون القديم مع القانون الجديد . وكعادة الفقه أنه جاهد فى البحث عن الحلول وإنارة الطريق أمام المشرع . فما هو الدور الذى لعبه الفقه القانونى فى سبيل حل مشكلة هذا التنازع ؟ ويعن لنا قبل الاجابة على هذا التساؤل فى المطلب الثانى من هذا المبحث الأول . إبراز الإستثنادات على مبدأ عدم الرجعية . وسوف نعرض لها كما يلى :

استثناءات مبدا عدم الرجعية :

قد تطرأ ضرورات تشريعية من المشرع لاستخدام الرخصة المخولة له فى المادة ١٨٧ من الدستور المصرى والتي تجيز فى غير

المواد الجنائية النص على الرجعية بشرط موافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب . وهذه الضرورة تتمثل فى :

١ - القانون الأصلح للمتهم

ورد النص على ذلك فى المادة الخامسة عقوبات " يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها . ومع هذا إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائيا قانون أصلح للمتهم فهو الذى يسرى دون غيره . وإذا صدر قانون بعد حكم نهائى يجعل الفعل الذى حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه يوقف تنفيذ الحكم وتنتهى آثاره الجنائية . .... الخ النص " من هذ النص نستطيع أن نستخلص أنه فى مواد القانون العقابى يجوز تطبيق القانون بأثر رجعى ولكن بشروط معينة هى :

أ - صدور قانون جديد أصلح للمتهم

متى يعتبر القانون الجديد أصلح للمتهم ؟ القانون الجديد يعتبر أفضل إذا أباح الفعل المعاقب عليه من قبل . أو إذا خففت العقوبة التي كانت مقررة فى القانون القديم . ويعزى الفقه هذا

الإستثناء إلى اما تنازل الدولة عن حقها فى العقاب أو الى اعتبارات الرحمة تجاه الأفراد . والمشرع هنا يقرر الاستفادة للمتهم من هذا القانون الأفضل . وكذلك المحكوم عليه يستفيد كذلك من إباحة الفعل الذي صدر الحكم من أجله .

ب - صدور القانون الأصلح بعد وقوع الفعل وقبل الحكم النهائى

نظرا لأن استثناء عدم الرجعية واباحة تطبيق القانون بأثر رجعى فى المواد الجنائية يعد مخالفة لمبدأ اشرعية الجنائية . وهى ألا جريمة ولا عقوبة إلا بنص وإنطواءه على قدر من الخطورة فى الاعتداد على الحرية الشخصية . فإن المشرع تشدد فى اعلان هذا المبدأ هو حدود القانون الأصلح بعد وقوع الفعل وقبل صدور الحكم النهائى .

جـ - صدور قانون أصلح بعد الحكم النهائى :

غاير المشرع فى استفادة المحكوم عليه بعقوبة نهائية . أى غير قابلة للطعن بالطريق العادى فى المعارضة أو الاستئناف .

واشترط المشرع لاستفادة المحكوم عليه . صدور القانون الأصلح بعد الحكم بتلك العقوبة . ووجه الاستفادة هنا وقف تنفيذ العقوبة . وانتهاء كل أثر للحكم الجنائى من اعتباره سابقة جنائية تسجل فى صحيفة الحالة الجنائية .

٢ - القانون المتعلق بالنظام العام .

من خلال ماتم دراسته هناك نوعين من القواعد . هى القواعد الآمرة أى المتعلقة بالنظام . أى تلك التي تتعلق بالمصالح العليا الأساسية سواء من الناحية الاجتماعية أو الاقتصادية أو السياسية وقواعد مكملة أباح المشرع فيها للأفراد تكملة نصوص التشريع وتنظيمها وتتعلق بمصالح خاصة للأفراد . ومن هنا ذهب البعض الى التفرقة بين قواعد النظام العام التي تنظم مصلحة خاصة فى مجال المعاملات المدنية . وهى تنطبق عليها مبدأ عدم الرجعية فلا يجوز أن تمس حقوق تم كسبها من الأفراد . وقواعد تتعلق بالنظام العام ينظم مصلحة عامة . ولكن هذا التمييز فى غالب الظن لا نتفق معه لأن القواعد المتعلقة بالنظام العام لا تتجزأ . وهى وحدة واحدة . وعلى كل حال فإن إباحة عدم الرجعية لكون القانون الجديد يمس

المراكز القانونية التي تتعلق بالمصلحة العامة . هو خير دليل من المشرع نفسه على التضحية بالحقوق المكتسبة حماية للنظام العام . فمثلا القاعدة التي تحدد سن الرشد باحدى وعشرين سنة . فإذا صدر قانون جديد وخفض السن الى ثمانية عشر سنة فهنا يعود الشخص الذى بلغ قاصر أو العكس صحيح . إذا رفع القانون سن الرشد من ثمانية عشرة سنة الى احدى وعشرين سنة فان القاصر يصبح بالغا. بكل هذه القوانين تتعلق بالمصالح العامة . ويجوز فيها اعمال مبدأ عدم الرجعية للقانون أو انطباق القانون الجديد على الوقائع الماضية . حفاظا على هذه المصالح العامة .

٣ - النص الصريح على الرجعية

لا يسرى القانون بأثر رجعى على الماضى احتراما للحقوق والمراكز المكتسبة . ولكن قد يضطر المشرع نفسه اللجوء الى تطبيق القانون على الماضى لمحاربة كل غش وفساد نحو مخالفة القانون.فيكون هناك نص صريح منه على سريان القانون على الماضى . وبالفعل تناول المشرع فى المواد المدنية فقط فى المادة ١٨٧ من الدستور المصرى . أنه يجوز تطبيق القانون بأثر رجعى على الماضى

ولكن بضوابط معينة حتى لا يكون المشرع مفرطا فى استعمال هذه الرجعية التشريعية وهذه الضوابط : أن يكون هناك تشريع عادى فى مواد مدنية . أى أنه لا يجوز استعمال هذه الرجعية فى المواد الجنائية مهما كانت الأسباب . كما لا يجوز تقرير هذه الرجعية إلا بموافقة الأغلبية لأعضاء مجلس الشعب . أى أغلبية الأعضاء وليس أغلبية الحاضرين مما يطلق عليها الأغلبية الخاصة . وعلى المشرع أن يتغيا هذه الضوابط عند النص الصريح على رجعية القوانين فى المواد المدنية .

ضرورات الرجيعة ومبرراتها

لما كانت الرجعية رخصة للمشرع لتصحيح بعض الأوضاع الخاطئة التي جرى العمل على عدم مراعاتها مما تولد عنه ما يسمي بالاعتقاد الخاطئ الذى يولد الحق . فرغم الخطأ فى التشريع فالأفراد ينشأ لديهم فى الاعتقاد أن هذا الخطأ الشائع أفرز لهم حقا . وهذه تؤدى إلى إضطراب فى المعاملات . مما يتعين على المشرع التدخل لتصحيح الوضع الخاطئ ، حتى لا يمكن الاستناد الى الخطأ الشائع يولد الحق . ولنسوق المثال التالى لايضاح ضرورة استخدام

المشرع لهذه الرجعية . فالمرسوم بالقانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ فى شأن الاصلاح الزراعى ، ورد فى نص المادة ٣/٣ منه " .... لايعتد بتصرفات المالك التي لم يكن تاريخها قبل يوم ٢٣ يوليو ١٩٥٢ ... الخ النص " .

ويفهم من هذ النص الصادر فى مادة مدنية منه نظرا لعدم الاستقرار السياسى فى البلاد فى هذه الآونة . واحتمال قيام ثورة يوليو . توقع الأفراد صدور قانون يحدد الملكية الزراعية . مما دفع الناس الى التصرف فى أراضيهم تصرفات صورية . القصد منها التهرب من أحكام القانون قبل صدوره . فجاء النص في المادة ٢ سالفة الذكر . قرر صراحة عدم الاعتداد بالتصرفات الصادرة قبل هذا المرسوم بقانون لقطع كل تحايل وغش نحو القانون والذى دعا المشرع الى ذلك النص صراحة على هذه الرجعية هو اعتبارات المصلحة العامة والاستقرار فى أوضاع الملكية الزراعية . فالمشرع ضحى بمصلحة الأفراد فى سبيل مصلحة الجماعة . فاعتبارات العدالة والمصلحة العامة كان الدافع وراء النص الصريح على رجعية

---

(١) أنظر للمؤلف القانون الزراعى عام ١٩٩٦ ص ٢١٨.

قانون الإصلاح الزراعى ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ . ويطلق البعض على هذا التشريع الذى يتضمن الرجعية [١] . التشريع المصحح أو المؤكد . فبدلا من اللجوء الى قاعدة الغلط الشائع يولد الحق يحكم تصحيح الخطأ التشريعى .

٤ - القوانين التفسيرية

يقصد بالقوانين التفسيرية هى تلك القوانين التي تصدر من المشرع لايضاح القصد الحقيقى عندما يرى أن القضاء فى تطبيقه للقوانين لم يصل الى القصد الحقيقى . فعلى حد تعبير أستاذنا الأهوانى[١] . أن التفسير التشريعى هو قانون جديد يستهدف تفسير القانون القديم لازالة كل غموض أو خلاف حول تفسير نص قائم بالفعل . وأنه يتعين الأخذ بميعار موضوعى لتعريف القانون التفسيرى . وهو أن التشريع يجب أن يكون غير منطوى على اضافة جديدة للتشريع الأصلى . ويكتفى بالاعتراف دون أدنى إضافة بحق سابق وحاصل القول إذن أن التشريع التفسيرى يجب أن يقتصر على الكشف عن حقيقة مراد الشارع من النص الأصلى . وقد أخذت بذلك

---

(١) أنظر د/ حسام الأهوانى السابق ص ٣٢٨.

محكمة النقض المصرية [١] فى أحد أحكامها " أن القانون التفسيرى مادام لا يضيف جديدا يعتبر قد صدر فى الوقت الذى صدر فيه التشريع الأصلى . ويسرى بالتالى على جميع الوقائع منذ نفاذ التشريع الأصلى " .

ويذهب البعض الى أن القانون التفسيرى لايعد تقرير للرجعية . فلم يستهدف سوى اعطاء توصية للقاضى عند تفسير القانون الأصلى . ولا يضع قاعدة جديدة تحل محل القديمة فهو يقترب من المبادئ القانونية التي تضعها أحكام المحاكم . فالقول اذن برجعية القوانين التفسيرية فيه نوع من المجاز والخيال الذى لا يتفق والحقيقة .

وخلاصة الرأى كما نرى أن القوانين التفسيرية فى هذه الآونة تكاد تكون منعدمة وليس هناك رجعية للقوانين التفسيرية . لأن التفسير هو من صميم عمل القضاء . فالقاضى هو الذى يطبق ويفسر النصوص ، وفى قيام المشرع نفسه باغتصاب تلك السلطة فيه اعتداء على مبدأ الفصل بين السلطات . فالرجعية هنا لا تعدو أن تكون رجعية ظاهرة . فلا يوجد تنازع حقيقى بين قانون جديد وقديم .

---

(١) أنظر نقض مدنى ١٩٨٣/٤/٤ ص ٨٩٨ مجموعة رقم جـ بند ١٨٢

فالتشريع التفسيرى ليس هو الذى يحكم الماضى . لا التشريع الذى يحكمه هو الذى كان يوجد فى الأصل .

المطلب الثانى

دور الفقه التقليدى

فى صدور مبدأ عدم الرجعية

" التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل "

لقد بذلك الفقه التقليدى الذى ساد طوال القرن التاسع عشر وخاصة بعد وضع التقنين المدنى الفرنسى . مجهوداً شاقا لم يكلل بالنجاح فى حل مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان فابتدع نظرية تفرق بين الحق المكتسب ومجرد الأمل . أى لحل مشكلة التنازع يجب التفرقة بين الحق المكتسب أى أنه إذا كان فى القانون الجديد مساسا بذلك الحق فإنه يعتبر ذات أثر رجعى . ولا يجوز من ثم تطبيق هذا القانون الجديد . ولكن اذا لم يمس سوى مجرد الأمل فإنه يجوز تطبيق القانون الجديد . ونظراً لأن هذه النظرية ذاع انتشارها فى الأوساط الفقهية فإننا لابد أن نقف على ماهية الحق المكتسب ومجرد الأمل ثم لتقييم هذه النظرية فى النهاية .

الحق المكتسب ومجرد الأمل

فإن الحق المكتسب ومجرد الأمل هو منطلق النظرية التقليدية فى اباحة رجعية القوانين ولكن لم يقبل هؤلاء الفقهاء [١] . إلى تعريف جامع مانع للحق المكتسب ومجرد الأمل فذهب البعض [٢] إلى أن الحق المكتسب يقصد به النتيجة الحتمية المباشرة التي يرتبها القانون على واقعة معينة ٠ ولكن هذا التعريف يؤدى الى مصادرة مع المطلوب وهى ما المقصود بتلك النتائج الحتمية المباشرة وذهب البعض الآخر [٣]، إلى أن الحق المكتسب هو الذى الحق بالشكل مركز قانونى يمنع سريان التشريع الجديد عليه . أما مجرد الأمل هو المركز الذى يستطيع التشريع الجديد أن يسرى عليه. ولكن هذا التعريف كسابقه وينطبق عليه المصادرة مع المطلوب . وذهب البعض الآخر إلى أن الحق المكتسب هو الذى دخل فى ذمة الشخص نهائيا بحيث لا يمكن نزعه الا برضاه ولكن هذا لا يسرى

---

(١) Roulier : Les conflits de lois dens le temp. 7929. No. 33. p. 317.

(٢) أنظر الأهوانى ص ٣٢٣ السابق عرض هذه الآراء تفصيلا للفقه الفرنسى مارتى ورينو وريبير وبولانجيه .

(٣) أنظر الأهوانى السابق ص ٣٢٤.

إلا على الحقوق التى تدخل الذمة . ولا تدخل فى الحقوق المالية.

أما مجرد الأمل فهو عبارة عن أمنية لدى الشخص فيكسب حق من الحقوق وتلك الأمنية قد تتحقق أو لا تتحقق [١]. ونسوق بعض الأمثلة التالية لايضاح الحق المكتسب ومجرد الأمل فالورثة لهم حقوق فى تركة المورث . ولكن أثناء حياته ليس لهم الا مجرد الأمل فى الإرث . أما بعد الوفاه فيصبح لهم حق مكتسبا . فالقانون الذى يصدر ويعدل فى نصيب الوارث حال حياة مورثه . والقانون الجديد يطبق على الورثة بعد وفاة مورثهم لأنه لا يمس حقا مكتسبا . ولا يجوز للقانون الجديد أن يمس هذا الحق المكتسب . كذلك الأمربالنسبة للوصية . فأثناء حياة الموصى ليس للموصى له إلا مجرد الأمل فى الحصول على الوصية . لأن الموصى يجوز له الرجوع فيها أو العدول عنها . ولكن بعد الوفاة يصبح له الحق المكتسب فى المال محل الوصية . فإذا صدر قانون جديد أثناء حياة الموصى ينقص من القدر الذى يجوز فيه الوصية أو يجعلها باطلة . فإنه يسرى عليها لأنه ليس فيه مساس سوى بمجرد الأمل فيها . أما إذا صدر هذا القانون بعد وفاة الموصى فإنه لا يطبق على الوصية .

لأنه منذ وفاة الموصي أصبح للموصى له حقا مكتسبا [١]. ومن ثم إيذاء هذا الغموض فى تحديد فكرة الحق المكتسب ومجرد الأمل . فإن هذه النظرية لم يكتب لها النجاح . وسوف نتولى تقديرها على النحو التالى :

تقدير النظرية التقليدية

نرى مع البعض[٢] أن هذه النظرية لم تقدم لنا حلا لشكلة التنازع من حيث الزمان . وقد وجهت اليها العديد من الانتقادات نطرحها كما يلى :

اولا غموض المعيار الذى تقوم عليه

أسلفنا أن أساس النظرية فى مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان هو التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل . فلم يفلح أنصارها فى وضع معيار جامع مانع للتفرقة بين الحق المكتسب

---

(١) أنظر الأهوانى السابق ص ٣٢٤ (يرى بعض الفقه أن الأخذ بفكرة الحق المكتسب يثير فى الأذهان الى أن هناك حقا غير مكتسب فى المقابلة لهذا اللفظ).

(٢) أنظر د/ أبو زيد عبدالباقى ص ٢٠٢ - ٢٠٣ - الصده ص ١٥٤ - سليمان مرقس ص ١٤٩ فقرة ١٠١.

ومجرد الأمل . فقد وقع أنصار النظرية فى مشكلة خطيرة تنطوى على مصادره على المطلوب كما ذهبنا سلفنا . فالقول بأن الحق المكتسب الذى لا يسرى عليه القانون الجديد . أى عدم الرجعية . فإن هذا يدفعنا إلى تساؤل . أن الحق يعتبر مكتسب اذا مسه القانون الجديد بأثر رجعى . فتدور فى حلقه مفرغة دون التصول إلى نتائج دقيقة . كما أن هذا الميعار كما ذهب البعض [1]، لايصلح لحل كل صور التنازع . فيوجد بعض الصور لا يوجد فيها حق مكتسب . ومع ذلك يكون تطبيق القانون الجديد عليها سريانا على الماضى . فالمركز القانونى الذى يستلزم فترة من الزمان لا يخول حق مكتسب إلا عندما يتم تكوينه . ومع ذلك إذا أدركه قانون جديد وهو فى مرحلة التكوين . فلا يسرى على ماتم فى مراحل سابقة حتى لا يكون له أثر رجعى . وعلى سبيل المثال عندما يضع المشرع قاعدة لكسب الملكية بالتقادم الطويل خمس عشر عاما [2]. فلابد أن مدة التقادم تستغرق وقتا معينا لإتمام التقادم . فلو صدر قانون جديد أثناء

---

(١) أنظر د عبدالمنعم البدراوى مشار إليه فى أبو زيد عبدالباقى ص ٢٠١ هامش ١ .

(٢) أنظر نص المادة ٩٦٨ مدنى كسب حيازة العقار أو المنقول أو استمرت الحيازة خمسة عشر عاما دون انقطاع حتى ولو لم يكن الحائز مانعا . ويطلق عليها الفقه كسب الملكية بالتقادم الطويل .

سريان التقادم ، ويؤدى إلى إلغاء أسباب الوقف فإنه لا يؤدى بالتالى الى إهدار ماتم قبل نفاذه . هذا برغم عدم وجود حق مكتسب . وهذا يؤكد فشل النظرية فى حل مشكلة التنازع فى كافة صور التنازع . فهذه النظرية كما يذهب أستاذنا الأهوانى [1]، لا تعبر إلا عن نصف الحقيقة فيما يتعلق بمبدأ عدم الرجعية . ولا تصل إلى لب المشكلة.

ثانيا : المزج بين الاثر الرجعى والمباشر

خلطت هذه النظرية بين فكرة الأثر الرجعى والمباشر للقانون . فالمساس بالحق المكتسب لا يقوى دائما ولا ينهض على أن القانون له أثر رجعى . فيمكن أن يمس الحق المكتسب دون أن يكون له أثر رجعى . فالأمر لا يعدو أن يكون أثر مباشر لتطبيق القانون . ومن ثم فأنصار هذه النظرية يتجاهلون فكرة الأثر المباشر الذى أوقع النظرية فى خلط بين الأثر الفورى والرجعى ولنسوق المثال التالى كما ورد فى مؤلف الأهوانى [2]. أن هذه النظرية لم توضح مفهوم الرجعية . فإذا صدر قانون جديد يرفع سن الرشد فإنه يسرى على الأشخاص

---

(١) أنظر الأهوانى السابق ص ٣٥١.
(٢) أنظر الأهوانى السابق ص ٣٥٥.

الذين قد بلغوا سن الرشد طبقا للقانون القديم . ومن ثم فانهم يعودوا قصرا . وتقوم النظرية اذن فى تفسير هذا الأثر الرجعى . بأن القانون الجديد يتعلق بالنظام العام . ولكن ليس لهذا الاتجاه ما يبرره . فتطبيق فكرة الأثر الرجعى مبناها كان يوجب إبطال العقود التى أبرمها هؤلاء الأشخاص قبل صدور القانون الجديد وقت أن كانوا قصرا . وعلى خلاف ذلك فإن هذه النظرية التقليدية تعتبر هذه العقود والتصرفات صحيحة . ولم يقدم أنصار هذه النظرية تفسيرا لذلك .

وحاصل القول إذن . أن الأمر لايعدو أن يكون القانون الجديد له أثر مباشر . فإذا تم رفع سن الرشد على من بلغ سن الرشد طبقا للقانون القديم . فإنهم يصيروا قصراً . فليس هناك استثناء للقانون بأثر رجعى . فالشخص لايعتبر قاصراً إلا من وقت نفاذ القانون . والتصرفات السابقة التي تمت فى ظل القانون القديم تظل صحيحة باعتبار بالغاً رشيداً .

ومن خلال هذا القصور الذى شاب النظرية التقليدية . فان هناك اتجاه ظهر فى ظل الفقه الحديث يحل مشكلة التنازع باستخدام فكرة

الأثر الفورى أو المباشر أو انعدام الرجعية . وهذا ما نتولى تفصيله فى المبحث التالى :

المبحث الثانى

النظرية الحديثة

" مبدأ الاثر الفورى والمباشر للقانون "

تمهيد :

إزاء الفشل الواضح للفقه التقليدى ظهر فى الأفق نظرية حديثة. ارتكزت على مبدأ انعدام الأثر الرجعى واستخدام فكرة الأثر المباشر أو الفورى لحل مشكلة التنازع . ومن ثم فقد بات لزاما علينا فى مجال الدراسة والتأصيل العلمى . عرض هذا المبدأ فى مطلب أول . ثم صدى هذه النظرية فى التشريع المصرى . والحلول التى أخذ بها المشرع فى مطلب ثانى . كما يلى :

المطلب الأول

مبدا الاثر الفورى للقانون

القاعدة العامة

يذهب أنصار تلك النظرية الى أن القانون الجديد . يطبق على جميع الوقائع التي تحدث منذ نفاذه أى بأثر فورى ومباشر ٠ فهو لايمس الماضى . وكما يعبر عنه البعض [١]، أن أساس هذا المبدأ هو أن القانون الجديد يفترض أنه أفضل من القديم . ويحقق تقدما فى مجال النظام القانونى . فإذا صدر قانون جديد بتعديل الملكية أو الانتفاع بها . فإن هذا القانون هو الذى يسرى على جميع حقوق الملكية والانتفاع الموجودة بالفعل . ومن ثم فهى تقوم على مبدأين الأول : انعدام الأثر الرجعى للقانون الجديد . والثانى الأثر المباشر لهذ القانون . غير أن هناك مشكلة تعترض تطبيقه حيث أن المراكز القانونية لا تكتمل فى لحظة واحدة . فهناك مراكز قانونية تلعب الارادة فيها در واضح وهى المراكز العقدية . فالعقد لا ينشأ ولا يكتمل فى لحظة . وهذا يعني أن المراكز العقدية يمكن أن ترتب

(١) زنظر د/ سمير تناغو السابق فقرة ٢٣٥.

آثار فى ظل القانون القديم والجديد . وهذا ما يعبر عنه أستاذنا الدكتور سمير تناغو [١]، بالمراكز العقدية الجارية . وهذا يعني أيضا أن هذه المراكز الجارية بعض أجزائها يقع تحت سلطان القانون القديم والبعض الاخر يقع تحت سلطان القانون الجديد . فالأولى تخضع لسلطان القانون القديم . فهى من ثم وقائع تامة لا يسرى عليها القانون الجديد . وإلا كان فيه انطباقا لفكرة الأثر الرجعى . ولكن القانون الجديد يسرى بأثر مباشر علي العناصر التي لم تتم ولم تكتمل عناصرها فى ظل القانون القديم . بل هى تكونت فى ظل القانون الجديد . فهو يسرى بأثر فورى ومباشر على الأثار الجديدة للمراكز الجارية والتي تترتب بعد العمل به - وهذه القاعدة العامة لها استثناء يوجب تطبيق القانون القديم .

استثناء القاعدة : استمرار أثر القانون القديم

أورد الفقه استثناء يوجب إستمرار أثر القانون القديم [٢]، على

---

(١) أنظر د سمير تناغو السابق فقرة ١٣٥.

(٢) أنظر د . عبدالحى حجازى رسالته ١٩٥٠ ص ٢٢٧.

نوع واحد من المراكز هو المراكز العقدية دون المراكز القانونية . فالأخيرة تتم بعيده عن الارادة . فدور الارادة يقف عند حد قبول الدخول فيها . ويترك الأمر للتشريع ينظم المراكز القانونية الناشئة عنها . فالقانون يطبق بأثر فورى ومباشر كما يقول روبيه على هذه المراكز القانونية نظرا لوجود الحكمة من إعمال هذا المبدأ . وذلك حتى لا تتعدد النظريتين التي تحكم هذه المراكز ذات الطبيعة المتماثلة . فيسود الفوضى ويشيع الاضطراب [(١)]، فنظام الزواج نظام قانوني يكفل القانون بيان أحكامه وشروطه . وما على الأفراد إلا قبول الزواج أو عدم قبوله فقط ينقص دور الارادة الفردية . أما المراكز العقدية وهى التي تعتمد على إرادات الأفراد فيدخل أمر تنظيمها وتحديد آثارها للأفراد .. . فعقد البيع أو الايجار ينظم مصالح خاصة . فالقانون الذى يحكم هذه المراكز العقدية يطبق بأثر رجعى وخاصة انها لم تنشأ وتكتمل فى لحظة واحدة . بل تحتاج الى فترة طوية . فليس هناك ضرورة ملحة لإعمال الأثر الفورى أو المباشر للقانون الجديد .

---

(١) أنظر د/ أبو زيد عبدالباقي السابق ص٢١٣.

تقدير النظرية الحديثة

رغم أن النظرية الحديثة أزالت كل غموض حول فكرة الحق المكتسب ومجرد الأمل . وتخلصت من الخلط الذى جرى فى ضوء النظرية التقليدية من الأثر المباشر والرجعى للقانون إلا أنه يعاب عليها أنها أخذت بتفرقة غير اضحة بين المراكز العقدية والنظام القانونى فإذا تعلق الأمر بمركز عقدى للقانون القديم يظل مطبقا ليحكم الآثار المستقبلة لتلك المراكز . أما إذا تعلق الأمر بنظام قانونى فإن القانون الجديد يطبق بأثر فورى منذ نفاذه وقد فتح هذا الأساس سالف الذكر بابا للإختلاف . فمتى نكون بصدد نظام قانونى وهو مركز عقدى ؟ . فكثير من النظم القانونية أساسها العلاقة العقدية . وعلى سبيل المثال . القانون الذى ينظم علاقة رب العمل بالعامل . هل يعتبر متعلقا بنظام قانونى هو حماية العامل أم متعلقا بمركز عقدى منشأة عقد العمل .

٢ - الاستناد إلى فكرة النظام العام للحد من نطاق تطبيق الأثر المستمر للقانون القديم . فقد لجأ بعض أنصار هذه النظرية[١].

---

(١) أنظر د/ سليمان مرقص فقرة ١١٠ ص ١٦٤ حسن كيره فقرة ٢٠٤ ص ٤٩٥.

إلى أن الاستعانة بالنظام العام يزيد الأمر وضوحا ومفهوم النظام العام لدى أنصارها بالمعني الضيق أى يقتصر النظام العام على القواعد ذات الأهمية القصوى والخطورة البالغة التى يكون فى استمرار بقاء العقود الماضية الجارية محكومة بالقانون القديم بالمخالفة لها . مما يهدد الأفراد بخطر جسيم . وأنقسم أنصار النظرية أيضا فى تحديد مفهوم النظام العام كذلك . فذهب البعض إلى أنه يقصد بها تلك القوانين التي تطبق بأثر مباشر فور نفاذها حتى على الآثار المستقبلة للعقود الجارية هى التي تحمى مصلحة الجماعة دون التي تنظم مصالح خاصة للأفراد . ولكننا نذهب مع البعض [١]، أن هذا المعيار لم يحل مشكلة ما بل زاد الأمر غموضا وتعقيدا فلا يمكن تقسيم القواعد المتعلقة بالنظام العام الى قسمين علي أساس تعلق المصالح بالجماعة أو الأفراد . فالمعلوم كما سبق القول عند شرح فكرة النظام العام أنها تتعلق جميعها بالمصالح العامة . فهى وإن كانت تحمى مصالح الأفراد إلا أنها تهدف من هذه الحماية المصلحة العامة .

٣ - وأيضا يؤخذ على تلك النظرية الحديثة اعتبار القوانين

(١) أنظر د أبو زيد عبدالباقى مصطفى ص ٢١٦.

التفسيرية ذات أثر رجعي استثناء من القاعدة العامة ، ولكن الواقع كما يذهب البعض ، أنه لا رجعية للقانون التفسيري . فتلك النصوص التفسيرية قاصرة على المراكز الحالية ولا تضيف أحكام جديدة . فمن الطبيعي أن ينصرف آثارها الى تاريخ نفاذها ، وفي خضم هذا الخلاف الفقهي [١]، نذهب مع أستاذنا الفاضل الدكتور / أبو زيد عبدالباقي الى أن المعيار المميز بين الحالات التي ينطبق فيها القانون الجديد بأثر مباشر والتي سيتم فيها تطبيق القانون القديم هو التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة . فإذا تعلق الأمر بقواعد آمرة فلا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة أحكامها . أي ينطبق هذا القانون بأثر فوري ومباشر . أما إذا تعلق الأمر بقاعدة مكملة . فإن القانون القديم يظل مطبقا على العقود التي تمت في ظله . وهذا المعيار يفسر الحكمة من إباحة الاستثناء على مبدأ الأثر الفوري والمباشر للقانون الجديد . فالمشرع يرى أن القواعد الآمرة تحقق الحماية العامة لمصالح الأفراد جميعا ، بينما القواعد المكملة تتيح للأفراد حرية تنظيم علاقاتهم .

(١) أنظر د / أبو زيد عبدالباقي السابق ص ٢١٧.

المبحث الثالث

موقف المشـــرع المصـــرى

من حل مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان

تمهيد :

باستعراض التشريع المصرى سواء فى مجال الدراسات المدنية والإثبات أو القانون الاجرائى نقصد به قانون المرافعات المدنية والتجارية والقانون العقابى . نجد أن المشرع تعرض لبعض الحلول التشريعية فى العديد من المسائل . ففى مجال القانون المدنى . تناول المشرع مشكلة الأهلية والتقادم والإثبات . وفى قانون المرافعات تناول قواعد الاختصاص ومبدأ الأثر المباشر لقواعده . وفى قانون العقوبات تناول المشرع مبدأ القانون الأصلح للمتهم والقوانين المجردة . ونظرا لأهمية هذه التطبيقات فى صدد عرض مشكلة التنازع من حيث الزمان نفضل أن نتناولها كل فى مطلب خاص بها كما يلى :

المطلب الأول

الحلول التشريعية فى المواد المدنية والإثبات

باستعراض هذه الحلول نجد أنها تنطبق فى هذه النواحى : الأهلية - التقادم - الإثبات . وسوف نتناولها على النحو التالى :

أ - الأهليـة : لقد جاء نص المادة ٦ من التقنين المدنى المصرى الجديد على أن " النصوص المتعلقة بالأهلية تسرى علي جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة فى هذه النصوص واذا عاد شخص توافرت فيه الأهلية بحسب نصوص قديمة ناقص الأهلية بحسب نصوص جديدة . فإن ذلك لا يؤثر فى تصرفاته السابقة " .

بادئ ذى بدء ننوه إلى أن التحليل الحالى لهذا التصرف هو نصوص مبدأ الأثر الفورى والمباشر ويقتصر الحديث عن أهلية الأداء . لأن أهلية الوجوب تثبت لكل الأشخاص بصرف النظر عن الصلاحية لممارسة الحقوق . فهى تثبت بمجرد ولادة الشخص حيا[١]. فالنص يشهد حالتان هى :

(١) أنظر للمؤلف الشخص فى نظرية الحق عام ٢٠٠١ ص ٢١٨.

١ - رفع سن الرشد :

فالقانون الجديد الذى يرفع سن الرشد من احدى وعشرين عاما الى خمسة وعشرين عاما . فإنه يطبق على الأشخاص الذين بلغوا سن الرشد فى ظل القانون القديم . ولم يبلغوا سن الرشد الوراد فى القانون الجديد . بحيث يصبح هؤلاء الأشخاص قصرا بعد أن كانوا بالغين فى ظل القانون القديم. ويذهب البعض [١]، إلى أن أنصار النظرية الحديثة يرون فى هذا نصا صريحا على الرجعية للقانون الجديد . لأن هذا القانون طبق على واقعة تامة أسهمت مركزا قانونيا فى الماضى . فاعتبرها غير قادرة على إنهاء هذا المركز . وهذه الواقعة التامة هى : مرور احدى وعشرين عاما . أما المركز الذى انقضى بإكتمال هذه الواقعة فهو مركز القاصر . وهذا يفسر ماجاء بالفقرة الثانية من النص سالف الذكر .

٢ - تخفيض سن الرشد :

هنا ينطبق القانون بأثر مباشر على كل شخص بلغ السن المحددة فى القانون الجديد . فيكون الشخص بالغ رشيد حتى ولو

(١) أنظر د/ سمير تناغو السابق هامش ٢٤٧ بند ٢٣٦.

كان قاصراً فى ظل القانون القديم . وليس هذا مجال الحديث عن رجعية القانون الجديد . لأنه لم ينطبق على أية واقعة مكتملة فى ظل القانون القديم . بل ينطبق على واقعة لم تكتمل إلا فى ظل القانون الجديد ويترتب على انعدام الرجعية للقانون الجديد أن التصرفات التي يبرمها أحد الأشخاص أثناء كونه قاصراً فى ظل القانون القديم تكون باطلة بحكم هذا القانون . ولا تعتبر صحيحة بعد العمل بالقانون الجديد . حتى ولو كان الأشخاص أبرموها وهم فى سن يناهز سن الرشد طبقا للقانون الجديد . طالما كانوا هم دون هذه السن طبقا للقانون القديم .

ب - *التقادم*:

لقد تناول المشرع حلولا للتقادم من حيث بدأه ومدته ووقفه فى نص المادتين السابعة والثامنة من نصوص التقنين المدنى المصرى الجديد . فجاء نص المادة ٧ على أنه " تسرى النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل . على أن النصوص القديمة هى التي تسرى على المسائل الخاصة ببدأ التقادم ووقفه وانقطاعه . وذلك عن المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة " .

كما جاء نص المادة ٨ على أنه " إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد . ولو كانت المدة القديمة قد بدأت بالفعل قبل ذلك ، أما إذا كان الباقى من المدة التي نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التي قررها النص الجديد . فإن التقادم يتم بإنقضاء هذا الباقى " .

باستعراض أحكام النص التشريعى على النحو الذى سلف . نجد أن المشرع كما ذهب البعض . يفترض تنازع الزمان فى مسائل التقادم . فبعض عناصر التقادم قد توافرت فى ظل القانون القديم طبقا لهذا القانون . ولكن قبل إكتمال مدة التقادم صدر القانون الجديد عدل فى شروط التقادم أو فى مدته . فهنا يثور التساؤل . هل يسرى القانون الجديد بأثر فورى ومباشر أم يكون له أثراً رجعياً ؟ للإجابة على هذا التساؤل . نوضح بادئ ذى بدء أن القاعدة العامة هى سريان القانون بأثر مباشر واستثناء يمتد القانون القديم إلى الماضى . وسوف نعرض لموقف المشرع فى الحالات التالية :

١ - بدء مدة التقادم

يتم الرجوع إلى القانون القديم . وهو الذى بدأ فى ظله التقادم . وقد استقر قضاء محكمة النقض [١]. " أن القواعد العامة فى القانون المدنى وعلى ما جرى به قضاء هذه الحكمة . بأن مدة التقادم للدين الضريبى تبدأ من اليوم التالى لإنتهاء الأجل المحدد لتقديم الإقرار وهذا يتفق مع منطق النظرية الحديثة كما سبق القول التى تعتبر أن تأخير لحظة بدأ التقادم طبقا للقانون الجديد . يأخذ حكم إطالة مدة التقادم . بحيث لا يكتمل إلا بانقضاء مدته بالحساب من اللحظة التي حددها القانون الجديد .

ويذهب أستاذنا الأهوانى [٢] إلى أن القانون الجديد الذى يعدل مدة التقادم لا تخرج عن فرضين :

أ - إطالة المدة للتقادم : فإذا أطال المشرع مدة التقادم بأن جعل مدة التقادم الطويل ثمانية عر عاما بدلا من خمس عشر عاما . فإنه مقتضى الأثر الفورى والمباشر للقانون الجديد هو خضوع التقادم

---

(١) أنظر نقض مدنى ١٥/٤/١٩٧٠ مجموعة المكتب الفنى ص ٦٢٥ مشار اليه فى سمير تناغو هامش ٢٥٣ بند ٢٣٧.

(٢) زنظر د/ حسام الأهوانى السابق ص ٣١٣ ومابعدها .

للمدة الجديدة . وذلك مع احتساب ما مضى من مدة في ظل القانون القديم . فإذا كانت مدة التقادم خمس عشر عاما ثم زاده المشرع الى ثمانية عشر عاما . وكان قد مضى سبع سنوات من التقادم أثناء القانون الجديد . فإن هذا التقادم لا يكتمل إلا بمضى ثمانية عشر عاما من تاريخ بدأ التقادم أى أنه يحسب مدة التقادم السابقة على صدور القانون الجديد .

ب - انقاص مدة التقادم :

إذا تم نقص مدة التقادم ، فإن المدة التي إنقاصها هى التي يكتمل بها التقادم اعتبرا من تاريخ العمل بالقانون الجديد . ولكن تدق مشكلة صعبة وهى ما تاريخ بدأ سريان التقادم القصير . فيطرح تساؤل على بساط البحث . هل يبدأ التقادم فى ظل القانون القديم أم تحذف المدة السابقة . ويبدأ الحساب من تاريخ العمل بالقانون الجديد . فقد أجاب المشرع على هذا التساؤل فى عجز المادة ٧ من التقنين المدنى سالفة الذكر " إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم . فلا يبدأ سريان المدة الجديدة بالنسبة للتقادم الذى بدأ من قبل إلا من وقت العمل بالنص الجديد " فإذا كانت المدة

فى ظل القانون القديم هى خمسة عشر عاما وكان قد مضى على التقادم خمس سنوات فى لحظة بدء العمل بالقانون الجديد الذى قصر التقادم الى عشر سنوات . فإن التقادم لا يكتمل إلا بمضى عشر سنوات اعتبارا من تاريخ العمل بالقانون الجديد . وكأن مدة الخمس سنوات التي مضت قد تم حذفها أى لا تحتسب . ويذهب البعض [١]، إلى أن تبرير هذا الحل كما جاء بالمذكرة الايضاحية للقانون هو عدم مفاجأة من يسرى ضده التقادم . فالتقادم إذا كان يكسب واضع اليد حقا . فإنه فى ذات الوقت يسقط الحق عن شخص آخر وهو الذى يسرى فى مواجهته التقادم . ولكن محكمة النقض المصرية فى أحد أحكامها ذهبت [٢]" أن المشرع المصرى خرج على القاعدة السابقة فى حالة ما إذا كانت المدة التي نص عليها القانون القديم تنتهى قبل انقضاء المدة التي قررها النص الجديد فإن التقادم يتم بإنقضاء المدة التي قررها النص القديم " . ومما هو جدير بالذكر أن هذا الاستثناء بامتداد سريان القانون القديم يتحدد نطاقه كلما كانت المدة الباقية

---

(١) أنظر د/ الأهوانى ص ٩٦.

(٢) أنظر نقض مدنى ١٩٦٩/١٠/٢١ مجموعة المكتب الفنى ص ٧٣٥.

من المدة القديمة أقصر من المدة التي تقررت فى التشريع الجديد .

٢ - وقف التقادم وانقطاعه :

يذهب أستاذنا الدكتور / سمير تناغو [١] إلى أنه بالنسبة للوقف والإنقطاع فإن ما تحقق منه فى ظل القانون القديم يعتد به حتى ولو كان راجعا الى سبب لا يأخذ به القانون الجديد . فقد كان نص المدة ٨٥ مدنى قديم يقرر وقف التقادم بالنسبة لناقص الأهلية إذا زادت مدته على خمس سنوات حتى ولو كان له نائب يمثله . فى حين أن المادة ٢/٣٨٢ مدنى أخذت بعدم وقف التقادم فى هذا الفرض لأن النائب يحل محل الأصيل . فلا يوقف بالنسبة لناقص الأهلية إذا كان له نائب . وقد أشار الى حكم محكمة النقض المصرية " أنه إذا كانت مدة وضع اليد متداخلة بين ولاية القانون المدنى القديم والقانون الحالى فإنه عملا بالمادة ٢/٧ مدنى يتعين أعمال القانون القديم على وقف التقادم عن المدة السابقة على العمل بنصوص القانون المدنى الحالى " . وحاصل القول أنه إذا أوقف

---

(١) أنظر د/ سمير تناغو السابق بند ٢٣٧ هامش ٣٥٧ (أشار الى حكم محكمة النقض مدنى ١٩٦١/٢٣٦ مجموعة المكتب الفنى ص ٦٩).

التقادم أو انقطع فى ظل القانون القديم . فيتعين الاعتداد بذلك فى القانون الجديد حتى ولو كان السبب الذى أدى الى قطع التقادم فى ظل القانون القديم لا يؤدى الى الوقف أو الانقطاع فى ظل القانون الجديد . والعكس صحيح . إذا حدث وقف أو انقطاع للتقادم فى القانون الجديد لا يقره ولا يأخذ به القانون القديم . فلا يمكن الأخذ به فى حالة الوقف والانقطاع .

٣ – قانون الإثبات

لقد تناول المشرع المصرى فى المادة ٩ من التقنين المدنى المصرى الجديد " تسرى فى شأن الأدلة التي تعد مقدما النصوص المعمول بها فى الوقت الذى تعد فيه النصوص . أو فى الوقت الذى كان ينبغى فيه إعداده " .

ونظراً لضيق هذه المساحة المخصصة للدراسة فى السنة الأولى ، فإننا نحيل الدارس الى شرح قانون الإثبات للمؤلف [١]. وعلى كل

---

(١) أنظر للمؤلف قانون الإثبات المدنى عام ١٩٩٦ ص ١٩ – ٢١.

حال لفهم مشكلة التنازع نود أن نشير فى إشارة عاجلة إلى أن قانون الإ ثبات رقم ٢٥ لسنة ١٢٩٦٨ المعدل بالقانون ١٨ لسنة ١٩٩٩ تناول قواعد الإثبات منها الموضوعية ومنها الشكلية فالقواعد الموضوعية إما أن تكون أدلة معدة سلفا مثل الكتابة - الإقرار - القرائن القانونية أو غير معده سلفا ويضعها المشرع بعد بدء الخصومة مثل الشهادة واليمين والقرائن القضائية . وفى خضم مشكلة التنازع محل البحث والدراسة نجد أن المشرع المصرى بالنسبة للنوع الأول وهو الأدلة المهيأة أو المعدة سلفا يسرى عليها القانون المعمول به وقت اعدادها أو الوقت الذى كان يجب اعدادها فيه . والقرائن يسرى عليها كذلك القانون المعمول به وقت توافر الوقائع التي يقيم عليها القانون هذه القرائن [1]. أما القواعد الشكلية في قانون الإثبات فهى تخضع للقانون الجديد الذى تسرى

---

(١) راجع المادة ٩١٧ مدنى " اذا تصرف شخص الى أحد الورثة واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته . اعتبر التصرف وصية مضافة الى ما بعد الموت " فالمشرع هنا أقام قرينة قانونية على تصرف المورث لأحد الورثة بأنه تصرف مضاف الى ما بعد الموت أيضا أخذ حكم الوصية لا يتنفذ الا فى حدود ثلث التركة . وهذه القرينة متصلة بالحق ولا يجوز إعمالها بأثر رجعى على التصرفات السابقة على سريان هذاالقانون .

عليه قوانين المرافعات على ما لم يكن فصل فيه من الدعاوى ومن هذه القواعد التحقيق الذى يجريه النائب للوصول إلى الحقيقة أو المعاينة التي تتم عن طريقه . وكيفية أداءه وسماع الشهود وأعمال الخبرة الواردة فى المادة ١٣٥ إثبات مصرى . أما الأدلة التي يجرى إعدادها أثناء الخصومة والقواعد المتعلقة بها. فهى قواعد لا تخص إلا القاضى ذاته . ومن ثم فهى تخضع للقانون المعمول به وقت نظر الخصومة .

المطلب الثانى

الحلول التشريعية فى قانون المرافعات المدنية والتجارية

ماهية قانون المرافعات

يقصد به القواعد الإجرائية التي تنظم اجراءات التنفيذ القضائى ورفع الدعاوى وأحكام الخصومة من حيث الشطب والركود والإنقضاء والتنازل . وإجراءات الإثبات . وفى مجمع القول أن جميع القواعد المتعلقة بسير اجراءات التقاضى والطعن على الأحكام والتي لا تمس أصل الحق بصفة مباشرة . ويعتبر قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ المعدل بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ المعدل بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ الشريعة العامة فى المواد الإجرائية .

مجهودات المشرع فى حل تنازع القوانين الإجرائية فى نطاق قانون المرافعات المدنية والتجارية

باستعراض نصوص هذا القانون تحت باب أحكام عامة ورد نص المادتين الأولى والثانية من أحكام قانون المرافعات كما يلى [١]:

---

(١) أنظر ملحق تشريعات مجلة المحاماة عام ١٩٩٩ قوانين المرافعات والتحكيم والإثبات.

فجاء نص المادة الأولى منه " تسرى قوانين المرافعات على مالم يكن فصل فيه من الدعاوى أو مالم يكن تم من الإجراءات قبل تاريخ العمل بها ويستثنى من ذلك:

١ - القوانين المتعلقة بالاختصاص متى كان تاريخ العمل بها بعد إقفال باب المرافعة في الدعوى .

٢ - القوانين المتعلقة بالمواعيد متى كان الميعاد قد بدأ قبل تاريخ العمل بها .

٣ - القوانين المنظمة لطرق الطعن بالنسبة لما صدر من أحكام قبل تاريخ العمل بها متى كانت هذه القوانين ملغية أو منشئة لطريق من طرق الطعن .

وجاء نص المادة الثانية منه أيضا : " كل اجراء من إجراءات المرافعات تم صحيحا فى ظل قانون معمول به يبقى صحيحا مالم ينص على غير ذلك .

ولا يجرى ما يحدث من مواعيد السقوط إلا من تاريخ العمل بالقانون الذى استحدثها .

باستطلاع النصوص سالفة الذكر نجد أن القوانين الخاصة بالمسائل الاجرائية فى قانون المرافعات لا تسرى بأثر رجعى من جهة . ومن جهة أخرى تسرى بأثر فورى ومباشر ونفصل ذلك على النحو التالى :

الوجهة الأولى : عدم سريان القواعد الإجرائية بأثر رجعى

يتضح من نص المادة الثانية مرافعات على النحو الذى سلف أن قواعد المرافعات تتميز بالتتابع فهى تنظم أمور تتعلق بالماضى والمستقبل . ومن ثم فان التصرفات التي حدثت قبل القانون الجديد متصلة بالماضى . أما التصرفات المستحدثة فهى تتعلق بالمستقبل ويترتب على ذلك أن الاجراء الذى تم صحيحا فى ظل القانون القديم . يظل كما هو صحيحا فى ظل القانون الجديد والاجراء الذى وقع باطلا فى ظل القانون القديم يظل باطلا حتي فى ظل القانون الجديد . وكما ذهب البعض [١]، تعتبر من الوقائع التامة التي لا يسرى عليها القانون الجديد . الدعوى المؤجلة للنطق بالحكم فيها . والدعاوى الذى صدر بها أحكام والمواعيد التي انقضت والجزاءات

---

(١) أنظر د/ سمير عبدالسيد السابق فقرة ٢٣٩ هامش ٢٧٢.

الواردة على مخالفة القواعد الاجرائية . مثل الشطب والوقف والانقطاع ، واعتبار الدعوى كأن لم تكن وهكذا . ولا تطبق بأثر رجعى أيضا مواعيد السقوط التي يستحدثها القانون الا من تاريخ العمل به .

الوجهة الثانية : سريان القواعد الإجرائية بأثر فورى ومباشر

نزيد القول وضوحا أن قواعد المرافعات الإجرائية تطبق بصفة مباشرة على كل ما يكتمل من هذه الإجراءات . فإذا حدد قانون جديد يعدل في قواعد الاختصاص سواء كان نوعى أو ولائى . فإن جميع القضايا التي تنظر أمام المحاكم والتي أصبحت لا تدخل فى اختصاص المحكمة المنظورة أمامها . تحال الى المحاكم المختصة بموجب هذا التعديل الجديد . وهذه هى القاعدة العامة . ولكل قاعدة استثناء ويستثنى من هذه القاعدة ما يلى :

أ - إذا صدر القانون الجديد الذى عدل الاختصاص بعد انتهاء المرافعة الشفوية والكتابية فى هذه الحالة لا تأثير على هذه القضايا التي تم حجزها للحكم ويحكم القاضى فيها طبقا للقانون القديم . ولعل الحكمة فيه واحدة فى هذا الاستثناء ألا وهى عدم تعطيل

الفصل في هذه القضايا .

ب - بدأ ميعاد الاجراء فى ظل القانون القديم :

يظل الميعاد ساريا وليس للقانون الجديد أى أثر سواء كان التعديل بالمد أو النقص لهذا الميعاد . ويذهب البعض أن هذا عكس حالة التقادم [١]. ففى حالة التقادم الواردة فى المادة السابعة من التقنين المدنى الجديد . فالقانون الجديد ينطبق على كل تقادم لم تكتمل مدته بعد . وتبرير هذا الاختلاف بين المواعيد الاجرائية ومدة التقادم كما يذهب البعض [٢]، أن قوانين المرافعات نظرا لأنها مواعيد قصيرة فى معظم الأحوال وأقل من مدة التقادم فيفضل خضوعها لقانون واحد حتى يتم التيسير فى حسابها ، ومما يجب لفت الانتباه اليه . أن هذا الاستثناء قاصر على المواعيد التي تقصر أو تطول والتي كانت واردة فى القانون القديم . أما المواعيد المستحدثة الجديد والتي لم يتناولها القانون القديم . فإنها تسرى بصفة مباشرة فورية ، وفى حدود ذلك الإستثناء إذا لم يكن الميعاد قد بدأ فى ظل القانون القديم . فإنه يخضع للقانون الجديد .

(١) أنظر د/ سمير عبدالسيد السابق هامش ٢٧٧.
(٢) أنظر د/ حسن كيره ص ٣٩١ هامش ٢.

جـ - صدور حكم فى الدعوى

بادئ ذى بدء أن القانون السارى وقت صدور الحكم هو الذى يحدد الآثار المترتبة علي هذا الحكم من حيث ترتيب آثاره . وطرق الطعن فيه . وطبيعة هذه الأحكام . فإذا صدر قانون جديد يلغى طريق من طرق الطعن لم يكن مقررا فى القانون القديم أو استحدث طرق للطعن جديدة . لم يتناولها القانون القديم . فلا يسرى هذا القانون الجديد على الأحكام التى سبق صدورها قبل نفاذ هذا القانون الجديد . وإلا يعتبر سريان للقانون بأثر رجعى ويمس الأحكام الصادرة قبله . فالواقع أن الحكم القضائى حسم الواقعة أو المركز القانونى فلا يمكن المساس به . وقد قضت محكمة النقض المصرية فى أحد أحكامها [١]. (أن الأحكام الصادرة قبل العمل بقانون محكمة النقض التي لم تعلن والتي أعلنت ولم ينقضى فيها مواعيد الطعن عند العمل بهذا القانون أو التي أعلنت بعد العمل به . فإن تلك الأحكام يجوز الطعن فيها بشروطه ومواعيده).

---

(١) أنظر نقض مدنى ١٩٣٥/١/١٧ مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ عاما جـ ٢ ص ٦١٧٣ فقرة ٧٠٤.

المطلب الثالث

الحلول التشريعية فى نطاق قانون العقوبات

النص التشريعى :

لقد تناول المشرع المصرى فى المادة ٥ من قانون العقوبات التى جاء نصها (يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها . ومع ذلك إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيها نهائيا قانون أصلح للمتهم فهو الذى يتبع ذوى دون غيره . وإذا صدر قانون بعد حكم نهائى يجعل الفعل الذى حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه يوقف تنفيذ الحكم وتنتهى آثاره الجنائية . غير أنه فى حالة قيام اجراءات الدعوى أو صدور حكم بالإدانة فيها وكان ذلك عن فعل وقع مخالف لقانون ينهى عن ارتكابه فى فترة محددة . فإن إنتهاء هذه الفترة لا يحول دون السير فى الدعوى أو تنفيذ العقوبات المحكوم بها) . وبعد هذا النص يمكن القول أن المشرع المصرى نص صراحة على مبدأ عدم رجعية القانون العقابى فى الفقرة الأولى من هذا النص (.... بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها) . وهذا النص بالنظر الثاقب فيه يقيد القاضى فقط

دون المشرع الذى له الخروج على هذا المبدأ بالنص صراحة . وهذا هو ما ورد فى النص آنف البيان فى الفقرتين الثانية والثالثة والرابعة فقد تناول المشرع فى الفقرتين الثانية والثالثة رجعية القوانين العقابية الأصلح للمتهم وتناول المشرع فى الفقرة الرابعة حكم القانون العقابى محدد المدة . ونظرا لأهمية هذا الخروج عن مبدأ عدم الرجعية للقوانين العقابية . أى الإستثناء على القاعدة العامة فإننا نخصص لهما المساحة التالية فى مجال هذه الدراسة المبسطة مع إبراز التطبيق العملى لذلك .

أولاً : رجعية القانون العقابى الأصلح للمتهم :

فقد تناول المشرع النص الصريح على هذه الرجعية فى عجز الفقرتين الثانية والثالث من المادة ٥ قانون العقوبت التى جاء نصها (... ومع ذلك إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائيا قانونا أصلح للمتهم فهو الذى يتبع دون غيره وإذا صدر قانون بعد حكم نهائى يجعل الفعل الذى حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه يوقف تنفيذ الحكم وتنتهى آثاره الجنائية) .

بإمعان النظر فى هذ النص سالف البيان يتضح لنا من أن

القانون العقابى الذى يطبق بأثر رجعى يتحقق فى محورين هما :

١ - إذا صدر قانون جديد يوجب عقوبة أخف من العقوبة المقضى بها فهنا يجب أن نفرق بين حالتين :

أ - الحالة الأولى : أن يطبق القانون الجديد ويعد نافذا قبل صدور حكم نهائى ضد المتهم . أى قبل صدور حكم بات . فهنا القانون الجديد يسرى بأثر رجعى يستفيد منه المتهم . ويتعين على المحكمة القضاء بالعقوبة المخصصة له .

ب - الحالة الثانية : أن القانون الجديد يطبق ويصير نافذا بعد صدور حكم نهائى ضد المتهم . فهنا أن القانون الجديد لا يسرى ولايستفيد المتهم من العقوبة المخففة . ولعل ذلك يبدو واضحا فى أن القانون الجديد الذى أوجب تخفيف العقوبة . فإنه يوجب حكما جديدا يقرره . وهو أمر لا يمكن معه قبوله لأن الحكم النهائي حائز لقوة الأمر المقضى فيه طبقا للمادة ٤٥٤ اجراءات جنائية .

٢ - إذا صدر قانون جيد يجعل الفعل مباح :

يقصد بالفعل المباح هنا أن القانون الجديد يمحو كل أثر

للجريمة . أى يجعل الفعل غير مؤثم عقابيا . وهنا يطبق القانون الجديد بأثر رجعى . ومن ثم فإن المتهم يصبح بريئا . ومما نود الإشارة اليه صراحة فى هذ المقام . أن هذا الحكم ينطبق دون أن يكون هذا القانون قد أصبح نافذا قبل صدور حكم نهائى ضد المتهم أو بعد صدور الحكم ويتعين على المحكمة إذا كانت الدعوى الجنائية مقامة أمامها . فعليها أن تقضى بتبرئة ساحة المتهم . ولكن إذا كان الحكم النهائي الحائز هذا الأمر المقضى قد صدر . فإن النيابة العامة بما لها من سلطة وقف تنفيذ الحكم الجنائى على النحو الوارد فى المادتين ٥٢٤ ، ٥٢٥ اجراءات جنائية [١]. وهذا هو ما حدث فى الواقع التطبيقى عندما صدر قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ الذى ألغى العقوبة الواردة فى المادة ٣٣٧ عقوبات الخاصة بجرائم الشيك والذى عمل به من ٢٠٠٠/١٠/١ . وحل المشرع المادة ٥٣٤ من قانون التجارة محل المادة ٣٣٧ عقوبات .

---

(١) أنظر الباب السابع من قانون الإجراءات الجنائية المادتين ٤٢٤ ، ٥٢٥ اجراءات المعدلة بالقانون ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ منشور فى الجريدة الرسمية العدد ٥١ مكرر فى ١٩٩٨/١٢/٢٠ ويكون ذلك الوقف كما هو واضح من التعيين سالف الذكر بتقديم النزاع عن طريق النيابة العامة دون المتهم الى محكمة الجنايات أو محكمة الجنح المستأنفة بهيئة غرفة مشورة وللمحكمة فى كل الأحوال الأمر بوقف التنفيذ .

وقد تضمن النص سالف الذكر صور جديدة فى الفقرات أ/د ، ٢ ، ٣، عقوبات ليحقق به معني القانون الأصلح للمتهم الوارد فى المادة ٥ محل الدراسة . إذ أنه ينشئ للمتهم مركزا ووضعا أصلح من الوارد في المادتين ٣٣٦ ، ٣٣٧ عقوبات . ويتعين إعماله دون نص المادة ٣٣٦ عقوبات من تاريخ صدوره بأثر رجعى على الوقائع التي حدثت قبل صدوره دون انتظار حلول الأجل الذى حدده قانون التجارة فى مواد الاصدر أى ١/١٠/٢٠٠٠ (١).

ولعل الحكمة من هذا الاستثناء كما يذهب أستاذنا الفاضل الدكتور أبو زيد عبدالباقى مصطفى فى مؤلفه محاضرات فى نظرية القانون عام ١٩٨٦ - أن مصلحة الجماعة تأبى أن يعاقب الشخص عن فعل صار مباحا . أو يوقع عليه عقابا أصبح فى نظر هذه الجماعة غير مناسبا من قداسة الفعل الذى ارتكبه المتهم · ونظر لضيق مساحة هذا المؤلف هناك العديد من الأحكام الدستورية الصادر بشأنها إباحة الأفعال نص المادة ٤٨ عقوبات ونفرد له فى نهاية هذا المؤلف مجموعة من الأحكام الدستورية فى شأنها هذا التطبيق .

---

(١) أنظر الكتاب الدورى رقم ٤ لسنة ١٩٩٩ الصادر فى السيد المستشار النائب العام .

ثانيا : رجعية القانون العقابى محدد الفترة :

لقد تناول المشرع ذلك صراحة كما سبق فى الفقرة الرابعة من نص المادة ٥ عقوبات " .... غير أنه فى حالة قيام اجراءات الدعوى أو صدور حكم بالإدانة فيها وكان ذلك عن فعل وقع مخالفا لقانون ينهى عن ارتكابه فترة محددة قبل إنتهاء هذه الفترة لا يحول دون السير فى الدعوى أو تنفيذ العقوبات المحكوم بها " .

وهنا يقفز الى الذهن تساؤل ما معني القانون العقابى المحدد المدة أو الفترة ؟ هل يقصد به القانون الذى يسرى لمدة محددة أو مؤقتة . ثم يزول بعد فوات تلك المدة . مثل قوانين التموين والتسعيرة الواردة فى المرسوم بقانون ٩٥ لسنة ١٩٤٥ المعدل بالمرسوم بقانون ١٠٨ لسنة ١٩٨١ . فإذا خالف المتهم تلك التشريعات أثناء سريانها . ثم إنتهت مدة سريانها وصار الفعل مباحا. فان هذ لا يمنع من متابعة الدعوى حتى صدور حكم فيها . ولا يمنع أيضا تنفيذ العقوبة اذا كان قد صدر قبل ذلك حكما بالادانة. وهنا يتعين الالتزام بحدين هما:

أولا : أن يقع الفعل أثناء سريان المدة المحددة فى التشريع أى

خلال فترة التجريم ويصدر الحكم فى الدعوى بالإدانة قبل إنتهاء هذه المرحلة المجرمة قانونا . أو يبدأ السير فى الدعوى ضد المتهم . فهنا لا يستفيد المتهم من إنقضاء هذه المدة .

ثانيا : أن يقع الفعل خلل الفترة المجرمة . ولكن لم يتم اتخاذ أى اجراء ضد المتهم فالأمر هنا طليق من كل قيد فى هذه المرحلة المجرمة ويستفيد منه المتهم ويمكن اتخاذ أى اجراء للعقاب [١].

---

(١) أنظر الخلاف الذى دب بين القضاء والفقه حول القوانين الاستثنائية بطبيعتها مثل أحكام قانون الطوارئ أو كما يسميه البعض قانون الأحكام العرفية . ومشار الى هذا الخلاف بالتفصيل بين حكم محكمة النقض المصرية الصادر في ١٩٢٦/١/٢٨ وآراء الفقه د/ مطفى السعيد - حسن كيره - محمد عبدالله محمد فى ص ٢٣٥ هامش ١ ص ٢٣٤ ، ٢٣٥ فى مؤلف د/ أبو زيد عبدالباقى مصطفى محاضرات فى نظرية القانون عام ١٩٨٦/١٩٨٥ وقد اطلعنا الى الاشارة فى هامش الدراسة وليس فى المتن نظرا لأن هذا المؤلف دراسى فقط ومخصص لطلاب الدراسة فى الجامعات .

الفصل الثالث

إلغاء القاعدة القانونية

تمهيد

نظرا لأن حاجات المجتمع متغيرة ومتلاحقة . وخاصة فى هذه الآونة الحديثة فى بداية الألفية الثالثة . ونحن على مشارف القرن الحادى والعشرين . فقد يأتى تشريع لاحق ينسخ تشريع سابق عليه من نفس درجته أو درجة أعلى منه . فيزول كل أثر للتشريع الذى تم نسخه بالنسبة للمستقبل وليس للماضى . وخاصة فيما يتعلق بأحكام العقود التي أبرمت فى ظل هذا القانون المنسوخ . ومن ثم فقد يكون هذا الإلغاء صريحا أو يكون ضمنيا . من ثم نظراً لأهمية هذه المسألة فى مجال التطبيق الواقعى . فإننا سوف نتناولها بشئ من التفصيل حتى تتضح الرؤية كاملة أمام رجال القانون . ومن هنا تأتى خطة الدراسة فى هذا الفصل منقسمة الى ثلاثة مباحث هى : المبحث الأول : حقيقة الإلغاء للقاعدة القانونية وابطالها ، والمبحث الثانى: الجهة التي تملك الغاء القاعدة القانونية . المبحث الثالث : الغاء التشريع . المبحث الرابع الغاء العرف وذلك على النحو التالى :

المبحث الأول

حقيقة الإلغاء للقاعدة القانونية

إلغاء التشريع وإبطاله

لما كان التشريع كما سبق دراسته صالح للتطبيق فى كل زمان ومكان ، إلا أن هذا لا يقصد به صفة الدوام - فقد تطرأ ظروف معينة . تجبر المشرع على التدخل لإصلاح هذ الظروف . مثل ما حدث تماما فى قوانين العلاقات الإيجارية ابتدء من القانون ١٢١ لسنة ١٩٤٧ حتى القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون ٦ لسنة ١٩٩٧ المعدل بالقانون ١٤ لسنة ٢٠٠١ . فالمشرع يتدخل لصالح الجماعة · وفى نفس الوقت لا يدخر وسعا فى حماية الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية [(١)]. فقد ظهرت آثارا سلبية لهذه القوانين المتعاقبة . وكذلك القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٢ الذى ألغى الأحكام المتعلقة بإيجار الأراضى الزراعية وهو المرسوم بقانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ ومن هنا فإن المشرع لا يضع التشريع إلا لقاعدة عامة تطبق

---

(١) أنظر للمؤلف التعليق على حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٤٤ لسنة ٢٠ ق دستورية عليا فى ٢٠٠٠/٣/٤ والذى يقع فى حوالى ٨٥ صفحة .

فترة معينة من الزمان لا لتطبق بصفة الديمومية . ويقصد بالإلغاء كما ذهب البعض [١]. نسخ التشريع واعدامه عن طريق مصدر من مصادر القانون القادرة على إنشاء قواعد قانونية مساوية فى الدرجة للتشريع الذى تم إلغاءهع . ولكن إبطال التشريع لايرد الا على تشريع معيب فى تكوينه . ولا يحتاج الإبطال الى قاعدة جديدة تقرر هذا الابطال بل تتنوع بتلك المهمة . أحكام المحاكم حسب الاختصاص الولائي لها . ويرد هذا الإبطال علي تشريعات السلطة الفعلية . ولا يقوم بالنسبة لتشريعات السلطة الحقيقة . ويقصد بتشريعات السلطة الفعلية . تلك التشريعات التي تصدر قبل حرب أو ثورة أو انقلاب . والتي يتوقف نهائيا على نجاح واستمرار هذه الحكومة المؤقته التي قامت بعد الحرب أو الثورة أو الانقلاب . ففى حالة نجاحها فإن التشريعات تعد صحيحة فى ظل النظام الدستورى الجديد . سواء تناولها الدستور أو لم يتناولها . واذا فشلت الحكومة

---

(١) أنظر د/ سمير تناغو السابق بند ١٢٢ ص ٤١٢ - ٤١٣ . حيث يرى أن ماتقوم به المحكمة الدستورية فى نطاق الرقابة القضائية على دستورية القوانين ليس هو تقرير لإبطال التشريع وإنما هو إعلان عن عدم الدستورية . والسلطة المنوط بها التشريع هى التي تتولى الغاء التشريع وليس إبطاله .

المؤقتة اعتبرت تلك التشريعات كأنها لم تصدر بعد طالما لم يصدر تشريع جديد يصححها . وهذا ما حدث بالفعل فى دولة أفغانستان فى أعقاب أحداث الحادى عشر من سبتمبر عام ٢٠٠١ بعد سقوط وهدم برج التجارة العالمي بولاية نيويورك . واتهام تنظيم القاعدة فى دولة أفغانستان على حد ماذهبت اليه الدولة العظمى الولايات المتحدة الأمريكية فقد قامت الولايات المتحدة بشن الحرب على أفغانستان وساعدت تنظيم الشمال فى انهاء النظام الحاكم فى أفغانستان وتشكيل حكومة موقتة تتولي الحكم فى هذه الدولة .

رأينا فى الموضوع

من جماع ما تقدم نرى أن الغاء التشريع يكون واردا على تشريع صدر صحيحا فى إنشاءه . والالغاء لا يكون الا بالنسبة للمستقبل فقط كما سبق القول لكن بعض أحكام العقود تخضع للتشريع الملغى التي اكتملت فى ظله . ويلغى التشريع بقاعدة قانونية من ذات درجته . أما إبطال التشريع . فهو يرد على تشريع غير صحيح فى نشأته . ويزول بأثر رجعى . ولا يحتاج الى قاعدة قانونية تلغيه ولا يقصد بالالغاء الاستثناء لأن الأخير قاصر على استبعاد بعض الأحكام فقط من التشريع مع بقاء سائرها

المبحث الثانى

الجهة المنوط بها الإلغاء

سلطة الإلغاء

يحكم الإلغاء مبدأين هامين هما : مبدأ العمل المعادى أو المعارض ، ومبدأ التوازن الشكلى وإعمالا لذلك الاتجاه فإنه يمكن القول أن سلطة الإلغاء يمكن أن تكون إما بواسطة السلطة التي وضعت التشريع أو بعدم استعمال التشريع . ومن ثم فإننا نعرض لهاتين الوسيلتين كما يلى :

أ - الوسيلة الأولى : السلطة التشريعية

كما سبق من دراستنا أن سلطة التشريع فى القانون المصرى تكون من الاختصاص الأصيل للسلطة التشريعية طبقا لمبدأ الفصل بين السلطات الثلاث . ولكن المشرع خول رئيس الجمهورية أحيانا إصدار تشريع له قوة القانون يطلق عليه القرارات بقوانين أو بشروط معينة . كما خول السلطة التنفيذية فى إصدار التشريعات الفرعية . ومن ثم طبقا لقاعدة تدرج القوانين هناك القانون الأعلي درجة

والأدنى منه . فالدستور يأتى على قمة التشريع يليه التشريع . ثم التشريع الفرعى . ثم العرف ثم مبادئ الشريعة الإسلامية .

ولقد تناول المشرع المصري فى المادة الثانية من التقنين المدنى المصرى الجديد " لا يجوز الغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق) . وإعمالا لهذ النص سالف الذكر فإن التشريع لا يمكن الغاءه الا بتشريع مماثل أو أعلى منه درجة . فالسلطة التشريعية هى تملك ذلك ، ولايجوز لسلطة أدنى منها أن تلغى أو تعدل قاعدة تنظيمية وضعتها سلطة أعلى أو تضيف اليها أحكاما جديدة إلا بتفويض خاص من هذه السلطة العليا أو من القانون [(١)]. فمن يملك الأكثر يملك الأقل . وفى إطار هذا التنظيم . فإن التشريع الدستورى وهو التشريع الأساسى لا يمكن الغاءه إلا عن طريق السلطة التأسيسة أو طبقا للاجراءات الواردة فى نصوص هذا الدستور [(٢)]. كما أن التشريع العادى لا يلغى الا بتشريع دستورى أساسى أو عادى مماثل له . واللائحة يمكن الغائها بتشريع أساسى أو دعاوى أو بقرار بقانون .

---

(١) أنظر د/ جلال ابراهيم السابق ص ٢١٥ هامش ١ .
(٢) أنظر د/ سمير تناغو السابق فقرة ١٢٣ ص ٤١٤.

والعرف يمكن الغاءه بالتشريع أو عرف لاحق والقاعدة الواردة بمبادئ الشريعة الإسلامية يمكن أن تلغى بالتشريع . وان كان لنا تحفظ على ذلك فمنذ صدور الدستور المصرى الدائم وجاء فى نص المادة الأولى منه " ... أن التشريع الإسلامى هو المصدر الأساسى للقوانين "

ب – الوسيلة الثانية الغاء التشريع بعدم الإستعمال

ذهب البعض فى الفقه الفرنسى [١]، إلى سقوط لوائح البوليس بعدم الإستعمال مدة طويلة وذلك باستثناء من القاعدة العامة التي تقضى بعدم سقوط النصوص بعدم الاستعمال ويعلل ما ذهب اليه صاحب هذا الاتجاه . أن ترك اللوائح ردحا طويلا من الزمان يؤدى الى نسيان المخاطبين بأحكامها وذهب جانب من الفقه المصرى يتزعمه أستاذنا الفاضل المرحوم الدكتور / سليمان مرقص بأن التشريع الذى لا يستعمل فترة طويلة من الزمان ينطوى على إهمال وعدم استعمال مع توافر ظروف تطبيقه . فإن المخاطبين بأحكامه

---

(١) أنظر د/ على حسين نجيده ص ٢٧٦ هامش ١ مشار اليه
Eudant et BE Quignon.

ينسون هذا التشريع · بل ويعتدون بالإلغاء له ومن ثم فاعتبارات العدالة والمصلحة تلغى هذا التشريع النائم الذى لم يستيقظ إلا إذا رأت السلطة التنفيذيه إعماله · ويرى أن استعمال هذا التشريع من جانب السلطة التنفيذية عندما ترى هناك ضرورة لهذا الاستعمال يمثل اساءة فى استعمال السلطة بل وإساءة إلى التشريع ذاته · ولكن الإتجاه الراجح فى الفقه [1]، وهو الذى نسلم به أن التشريع لا يلغى بعدم الاستعمال ردحا طويلا من الوقت مهما طال الزمن . وأن عدم التطبيق له لا يؤدى إلا إلى نشوء عرف سلبى بعدم الاستعمال . ولما كان العرف لا يلغى التشريع . فإن عدم الاستعمال له لا يلغيه .

---

(١) أنظر د جلال ابراهيم السابق ص ٢٢٠ - ٢٢١.

المبحث الثالث

الغاء القاعدة التشريعية

النص التشريعى

لقد جاء نص المادة الثانية من التقنين المدنى المصرى " لا يجوز الغاء نص تشريعى الا بتشريع لاحق " .

يمكن القول بناء على هذا التحليل القانونى للنص أن التشريع لا يمكن الغاء إلا بتشريع مماثل له فى نفس الدرجة أو تشريع أعلى منه كما سبق القول عند الحديث عن سلطة الإلغاء فى المبحث الثانى من هذا الفصل الثالث . ونظرا لأهمية ودقة هذه المسألة من الناحية العلمية والعملية لذلك فإننا نرى أن الغاء التشريع يتناوله المشرع بلفظ مطلق ورد فى النص سالف الذكر " لا يجوز الإلغاء ... الخ النص " . وطالما كان الأمر كذلك فإن الإلغاء يمكن أن يكون صريحا ويمكن أن يكون ضمنيا وسوف نعرض لأنواع الإلغاء كما يلى:

انواع الإلغاء

أ- الإلغاء الصريح وصوره

يقصد بالإلغاء الصريح أن ينص المشرع فى القانون اللاحق الجديد علي التشريع السابق عليه أما يحذف فى مجموع نصوص هذا التشريع السابق أو الغاء جزئى لبعض النصوص . ومثال الإلغاء الكامل القانون ٩٦ لسنة ١٩٩٢ الذى ألغى المرسوم بقانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ فى شأن الإصلاح الزراعى بصدد العلاقة الإيجارية . ومثال الثانى قانون المرور رقم ١٥٥ لسنة ١٩٩٩ الذى عدل فى أحكام القانون ٦٦ لسنة ١٩٧٣ . وألغى كلية القانون ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ في شأن قانون المرور القديم . ويمكن القول أن الإلغاء الصريح له صورتين كما ذهب البعض [(١)]، .

الصورة الأولى : الإلغاء الصريح بالمعنى الضيق : وهذه الصورة كما يذهب صاحب هذا الاتجاه هى الغالب الأعم فى صور الإلغاء الصريح . والتي تتحقق من خلال الوقوف على نص القانون اللاحق عندما ينص صراحة فى مواد الإصدار على الغاء القانون

---

(١) أنظر د/ جلال ابراهيم السابق ص ٢٢٠ - ٢٢١.

السابق وهذا ما تحقق بالفعل عندما أصدر المشرع القانون رقم ١٥٥ لسنة ١٩٩٩[١].

الصورة الثانية : تشمل القوانين المؤقتة مثل قوانين التموين والتسعير الجبرية التي تطبق فى أحد فصول السنة أو القوانين التي تعقب ثورة أو حرب أو انقلاب والتي يطلق عليها استعمال الثقة قوانين السلطة الإستثنائية كما ذهب القول سلفا . فإذا انقضت المدة المحددة لسريان تلك القوانين أصبح القانون ملغيا . وتنطبق هذه القاعدة على الأوامر العسكرية والأحكام العرفية . وهذه الصورة من أنواع الإلغاء لا تلقى عبئا على أعضاء السلطة القضائية فى الإلمام بتلك الأحكام الجديدة لصراحة النصوص .

ب - الإلغاء الضمنى وصوره

هذا النوع من أنواع الإلغاء يثقل كاهل القضاة كما ذهب

---

(١) أنظر القانون ١٥٥ لسنة ١٩٩٩ في شأن قواعد المرور والذى جاء فى المادة الأولى منه " ... ويلغى القانون ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ بشأن سيارات واللوائح التنفيذية الصادرة فى ١٨٩١/١/٧ ، ١٨٩٤/٧/٢٦ ، ١٩٤١/٦/٤ وقد نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية العدد ٥٢ في ١٩٩٩/١٢/٣ ووضع له المشرع مرحلة انتقالية فى المادة ٣ منه " ... ويعمل به بعد ستة أشهر من تاريخ نشره ".

البعض [١]. ويجعل مهمتهم صعبة فى البحث عن الأحكام الواردة فى التشريع الجديد . وهل هى متعارضة مع التشريع السابق عليه . وفى أى موطن قام المشرع بالإلغاء .. للوقوف على هذه الأحكام المستحدثة ، وقد أطلق عليه الإلغاء الضمنى لعدم التصريح من المشرع به . وإنما يستدل عليه من مواقف المشرع . فهو يفترض أننا بصدد تشريعين يقرران أحكاما متناقضة لموضوع واحد . وأن أحدهما سابق وجوده على الآخر فنكون بصدد وحدة فى الموضوع لكن يوجد اختلاف فى الأحكام بينهما . وصور هذا الإلغاء كما يرى البعض[٢]، تنحصر فى أربعة صور هى

١ - وجود تعارض بين التشريع السابق واللاحق

هذه الصورة من صور الإلغاء الضمنى نادرة الحدوث . فلا يتصور تنظيم موضوع واحد بين التشريعين السابق واللاحق دون أن ينص التشريع الجديد على الغاء الحكم السابق عليه وهذه الصورة تفترض صدور تشريع جديد يتضمن أحكاما تستعصى على المواءمة

---

(١) أنظر د/ على حسين نجيده السابق ص ٢٧٢.

(٢) أنظر د/ جلال ابراهيم السابق ص ٢٢٢ - ٢٣٦.

بينهما وبين الأحكام الواردة فى التشريع القديم . فهنا احتراما للإرادة الشارعة يتعين إلغاء خذف كل حكم يتعارض فى التشريع القديم مع القانون الجديد . أما الأحكام الأخرى للقانون القديم فتظل سارية ولا يشملها الإلغاء . ولنضرب مثالا يوضح ذلك أن المشرع فى قانون ايجار الأماكن رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ وبالتحديد فى نص المادة ٢٩ منه والخاصة بالامتداد القانوني لعقد الإيجار فقد صدر القانون ٦ لسنة ١٩٩٧ وعدل من أحكام هذه المادة وخاصة فى مجال الأماكن غير السكنية .

ومن ثم فقد أصبح الشريك فى المحل التجاري لا يمتد اليه عقد الإيجار فى حالة الترك للمنشأة أو التنازل عنها ولا يمتد عقد الإيجار لورثة المستأجر الا لمرة واحدة فقط بشرط أن يكون محترفا لمهنة المستأجر . وقد درج الفقه على أنه يتعين لإعمال قاعدة أن التشريع اللاحق ينسخ السابق لابد من توافر شرطين (١) :

الشرط الأول : وجود تعارض تام بين أحكام التشريع القديم والجديد " اللاحق ينسخ السابق " وقد أشارت الى ذلك المذكرة

---

(١) أنظر د/ جلال ابراهيم السابق ص ٢٢٣.

الإيضاحية للقانون المدنى [١]" .. فى هذه الحالة يعتبر التشريع السابق منسوخا جملة وتفصيلا ولو انتفى التعارض بين بعض نصوص هذا التشريع ونصوص التشريع اللاحق عليه " . وهذا التعارض كما يذهب البعض[٢]. يكون بصدد المبدأ الأساسى الذى يقوم عليه التشريع القديم وليس الأحكام التفصيلية له . وقد تناولت أحكام النقض التعارض [٣]" اذا تعلق هذ التعارض بين التشريع السابق واللاحق عليه المبدأ الذى أسس عليه التشريع السابق من حيث أن تناول النسخ أحكام هذا التشريع جميعا . وقد استقر قضاء محكمة النقض فى أحد أحكامها [٤]" أن التعارض الذى يتعين معه الغاء نص تشريعى بنص تنشريعى لاحق لا يكون فى حكم المادة الثانية من القانون المدنى الا اذا ورد للنصان محل واحد يكون من المستحيل إعمالهما فيه معا . أما إذا اختلف المحل فإنه يتعين العمل بكل

---

(١) أنظر جموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ١٩٦.

(٢) أنظر د سمير تناغو السابق فقرة ١٢٥ ص ٤١٧.

(٣) أنظر محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٩١٤/١/١٥.

(٤) أنظر نقض مدنى ١٩٧٢/٣/٢٩ الطعن رقم ١٥ لسنة ٣٨ مجموعة أحكام النقض ص ٥٦٤.

قانون فى محله بصرف النظر عما بينهما من مغايرة طالما أن لكل منهما مجاله الخاص فى التطبيق " .

الشرط الثانى : أن يكون كل من القانونين فى ذات المرتبة فى العمومية والخصوصية : القانون الخاص يقيد القانون العام بصرف النظر عن وروده فى القانون القديم أو الجديد

وهذا الشرط تناول ثلاثة فروض يتم تناولهما كما يلى :

أ - الصورة الأولى : التعارض بين حكم عام فى التشريع القديم وحكم فى التشريع الجديد

فى هذا الفرض إحتراما للإرادة الشارعة فإن الحكم العام الوارد فى التشريع الجديد يلغى الحكم العام فى التشريع القديم . ونفس المبدأ يطبق فى حكم التعارض بين حكم خاص فى التشريع القديم والجديد . فالأول هو الذى يلغى الثانى .

ب - التعارض بين حكم خاص فى التشريع الجديد وحكم عام فى التشريع القديم . فالإلغاء فى هذا الفرض يذهب على ما تعارض مع الحكم الخاص الجديد . ولكن تظل باقى أحكام التشريع القديم

سارية . فالحكم العام القديم مقيد بالحكم الخاص الجديد .

جـ - التعارض بين حكم عام فى التشريع الجديد وحكم خاص فى التشريع القديم . فى هذا الفرض يظل الحكم الخاص القديم ساريا على سبيل الإستثناء من الحكم العام [١]، ولكن إذا نص التشريع الجديد على إلغاء الحكم القديم . فهنا نكون بصدد صورة من صور التعارض فلا تأثير على التشريع القديم بصدور التشريع الجديد .

ومما نود الإشارة إليه أن قاعدة الخاص يقيد العام لا يتم إعمالها إلا عند اختلاف القانونين من حيث العمومية والخصوصية . وتؤدى إلى بقاء حكم القانونين معا ليعمل كل منهما فى نطاقه وبصرف النظر عن أيهما سابق أو لاحق [٢]. فإذا كان القانون القديم هو القانون العام . والقانون الجديد هو القانون الخاص . فإن الحكم الوارد بالقانون الجديد يعد استثناء من حكم القانون القديم . يعمل به فى نطاق هذا الإستثناء فقط ويظل القانون القديم ساريا . فالخاص اللاحق يعتبر استثناء من العام السابق عليه . وقضت

---

(١) أنظر د/ على حسين نجيدة السابق ص ٢٧٢.

(٢) أنظر د/ جلال ابراهيم السابق ص ٢٢٧.

محكمة النقض المصرية فى أحد أحكامها [1]" أن القانون ١٢١ لسنة ١٩٤٧ فى شأن تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر تشريع خاص تضمن قواعد تعد استثناء من أحكام قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ . ولا سبيل إلى الغاء أحكامه إلا بتشريع ينص على هذا الإلغاء . ولايستفاد هذا الإلغاء من نص المادة ٢٢١ مرافعات . ذلك أن النص العام لا يلغى ضمنا لنص الوارد فى القانون الخاص . ولا يغير من هذا النظر ما ورد فى المادة ١ مرافعات " يلغى كل نص آخر يخالف أحكام هذا القانون " . وذلك لأن هذا النص هو نص عام لا يقرر سوى مبدأ الإلغاء الضمنى . ولا يتصرف إلى الغاء النص الوارد فى قانون خاص".

ب - الصورة الثانية : تنظيم الموضوع من جديد مرة أخرى :

إن إعادة تنظيم موضوع معين من جديد . فإن ذلك هذا يعد نسخا للتشريع السابق حتى انقضى هذا التعارض بين بعض نصوصه

(١) أنظر نقض مدنى ١٩٧٥/٥/٢٠ منشور فى مجلة القضاة الفصلية جـ ١ ص ١١٢ الطعن رقم ١٠١٠ ومجلة المحاماة السنة ٥٧ عدد سبتمبر وأكتوبر رقم ٣٤ ص ٥٨.

والتشريع اللاحق عليه [١]. وقد قضت محكمة النقض المصرية فى أحد أحكامها [٢]" لئن كان قانون إيجار الأماكن رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ يخول المستأجر بموجب نص المادة ٥٩ منه الحق فى شغل وحدة بالعقار بعد اعادة بنائه من جديد فى حالة الهدم طبقا للقواعد التي صدر بها قرار وزير الاسكان ٤١٨ لسنة ١٩٧٠ ولكن هذا القانون قد الغى بصدور أحكام القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ وخاصة نص المادة ٨٦ منه وقد خلت أحكامه من نص مماثل يخول المستأجر هذا الحق . واستمرت قواعد جديدة فى الفصل الأول من الباب الثانى وخاصة المادة ٥٤ منه التي تخول المستأجر الذى يتم هدم العقار الذى يوجد به وحدته ولمستأجر هذا العقار الحق فى شغل الوحدات بالعقار الجديد طبقا للشروط الواردة فى المادة ٥٤ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧. مما مفاده أن الإستفادة من حكمه قاصرة على مستأجرى الوحدات غير السكنية التي تم هدمها لإعادة بنائها بشكل أوسع فى ظل العمل به من ١٩٧٧/٩/٩ تاريخ سريانه . ولا تسرى أحكامه على المراكز القانونية السابقة عليه ".

---

(١) أنظر الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ١٩٦.

(٢) أنظر نقض مدنى ١٩٩٠/١/١٧ الطعن ١٧٢٣ لسنة ٥٣ ق .

ويبرر الفقة أساس هذا الحكم السالف الذكر أن قيام المشرع باعادة تنظيم الموضوع من جديد . يعنى أن هناك اختلاف فى المبدأ الأساسى الذى يقوم عليه القانونين مما يؤدى إلى إلغاء بصفة كلية[1].

جـ - الصورة الثالثة : زوال المراكز القانونية التي كان ينظمها التشريع :

بادئ ذى بدء ننوه إلى أن القانون يضع تنظيم المراكز القانونية للأفراد . وهذا هو الهدف الأساسى من القانون . فإذا زالت هذه المراكز . فإن المنطق يوجب زوال القانون نفسه . فليس هناك ضرورة لوجوده . ولا يشترط النص على ذلك الإلغاء . وهذا الفرض لا يثير أدنى مشكلة ما .

د - الصورة الرابعة : الإلغاء بطريق الإحالة [2]:

يطلق الفقه على هذه الصورة الإلغاء بطريق الإرتداد أو

(١) أنظر د/ جلال ابراهيم السابق ص ٢٣٣.
(٢) أنظر د/ حسام الأهوانى السابق ص ١٤٩.

الإنعكاس . وهذا الفرض يتمثل فى إصدار قانون جديد يحيل إلى قانون آخر بشأن شروط معينة . وهنا يذهب البعض [١] إلىٰ أن تلك المشكلة يطلق عليها " مشكلة الإلغاء بالإرتداد " . وقد صادف هذا الاتجاه مثال يوضح ذلك " أن القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الخاص بالمسئولية المدنية عن حوادث السيارات . وأحال هذا القانون إلى قانون المرور رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ وخاص نص المادة السادسة منه فى شأن تحديد المستفيدين من هذا التأمين الإجبارى ثم حدث بعد ذلك الغاء لقانون المرور ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ بالقانون ٦٦ لسنة ١٩٧٣ ثم أخيراً بالقانون ١٥٥ لسنة ١٩٩٩ . فهنا تبدو المشكلة الواضحة فى صورة تساؤل يلح على الخاطر وهو ما أثر هذا الإلغاء على القانون المحيل أى القانون ٥٦٢ لسنة ١٩٥٥ في شأن المسئولية المدنية عن حوادث السيارات " ؟.

وبعرض هذه المشكلة كما ذهب صاحب هذا الإتجاه فقد اتفق الرأى على الحلول التالية :

١ - إذا حدث استبدال بالتشريع المحال اليه أي التشريع

---

(١) أنظر د/ جلال ابراهيم السابق ص ٢٣٥ - ٢٣٦.

القديم تشريعا آخر . فإن هذا التشريع الجديد يحل محل التشريع القديم المحال اليه فى مجال الإحالة . أى يضع هو التشريع المحال اليه بالنسبة للقانون المحيل .

٢ - إذا إلغى التشريع المحال إليه دون أن يحل محله تشريع آخر . فإن التشريع المحال اليه يظل قائما وجزء من التشريع المحيل الذى لم يلغ بعد . ومما يود الاشارة اليه هنا أنه لا يترتب على إلغاء التشريع المحال اليه الغاء التشريع المحيل . ولكن استثناء من ذلك لا ينطبق هذا الحكم فى الحالة التى يستحيل فيها اعمال التشريع المحيل بعد الغاءه التشريع المحال اليه فهنا يؤدى الغاء القانون المحال اليه الى الغاء القانون المحيل بطريق الإنعكاس أو الإرتداد . وينطبق هذه الحل على المثال الذى سبق فإن المادة السادسة من القانون ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ أصبحت جزءا من القانون ٤٦٢ سنة ١٩٥٥ . وقد قضت محكمة النقض كنتيجة لهذه الحلول فى أحد أحكامها [١]" يتضمن التأمين الإجبارى على السيارات الخاصة المقرر لصالح الغير دون ركاب هذه السيارات ".

---

(١) أنظر نقض مدنى ١٩٨٨/١/٣١ الطعن رقم ٢١٠٤ السنة ٥٤ مشار اليه فى جلال ابراهيم السابق ص ٢٣٦ هامش ١.

أثر الإلغاء على اللوائح التنفيذية الصادرة تنفيذا لهذه التشريعات

عندما يصدر تشريع ما ، فيأتى فى مواد الإصدار بتكليف الوزير المختص باصدار اللائحة التنفيذية لهذا القانون . مثال ذلك . عندما أصدر المشرع القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ جاء فى المادة الخامسة من مواد الإصدار . يصدر وزير العدل القرارات اللازمة لتنفيذ القانون المرافق . وكذلك الحال عندما صدر القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بإصدار قانون التجارة . جاء فى المادة الثانية من مواد الاصدار . تصدر القرارات الوزارية اللازمة لتنفيذ هذا القانون من الوزراء المختصين ، وأيضا عندما صدر القانون ١٥٥ لسنة ١٩٩٩ فى شأن مرور السيارات ، جاء فى المادة الخامسة منه . على تكليف وزير الداخلية بإصدار اللائحة التنفيذية لهذا القانون ، والسؤال المعروض حاليا ، إذا ما ألغى القانون ، كما حدث فى قانون المرور ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ بشأن السيارات وكان له لائحة تنفيذية . وحل محله القانون الجديد رقم ١٥٥ لسنة ١٩٩٩ فما أثر هذا الإلغاء على اللائحة التنفيذية للقانون ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥؟

لقد أجابت محكمة النقض المصرية [1] فى العديد من أحكامها على هذا التساؤل بأن " إلغاء نظام قانونى معين ليستبدل به نظام قانونى جديد وإن ترتب عليه نسخ القواعد القديمة حتى تلك التي لا تتعارض مع النظام القانوني الجديد . إلا أن ما صدر من لوائح الإدارة العامة لتنفيذ القانون القديم . وبالنسبة للنصوص الواردة فيها التي تتوافق مع القانون الجديد تبقى نافذه المفعول فى ظل القانون الجديد ما لم ينص صراحة على الغائها ".

ومن ثم فإنه يترتب على الغاء التشريع استمرار العمل باللوائح التنفيذية التي تتفق أحكامها مع القانون الجديد مالم ينص هذا التشريع الجديد صراحة على إلغائها . فإذا نص على الإلغاء تلغى جميع أحكام هذه اللوائح سواء كانت متفقة أو متعارضة مع التشريع الجديد .

(١) أنظر نقض مدنى فى ١٩٧٠/٦/٢ مجموعة النقض المدنى ١ لسنة ٢١ ص ٩٥٦ ، ١٩٧٤/١١/٣٠ ذات المجموعة السنة ٢٥ ص ١٣٠١ مشار اليه فى محمد كمال عبدالعزيز التعليق على نصوص التقنين المدنى عام ١٩٨٠ طبعة نادى القضاة ص ٦٢.

المبحث الرابع

إلغاء القاعدة العرفية

مما يود الإشارة اليه ، أن مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة هي بطبيعتها غير قابلة للإصدار وبالتالى الخضوع لقواعد الإلغاء . لأن ليس لها وجود ذاتى مستقل وسابق على تطبيق القضاء لها ، ومن ثم تخرج من نطاق الإلغاء . وقد يثور فى الذهن تساؤل هل القاعدة العرفية رغم أنها غير مكتوبة تخضع لقواعد الإلغاء سالفة الذكر أم لا ؟ فى واقع الأمر أنه لا مانع أن يرد الإلغاء على القاعدة العرفية مثلما يرد تمام على القاعدة التشريعية . وهنا لابد من استعراض كيف يتم هذا الإلغاء وما هى السلطة التي تملك هذا الإلغاء على النحو التالى :

أ - أساليب الغاء القاعدة العرفية :

باستعراض أساليب الإلغاء السابقة يمكن القول أن هناك طريقتين للإلغاء

١ - إصدار تشريع بالإلغاء للقاعدة العرفية :

لما كان العرف ناشئ عن إرادة الجماعة . فقد تدعو حاجاتها الى تغيير تلك القواعد العرفية . فيقوم المشرع بإصدار التشريع بنص فيه صراحة على هذا الإلغاء أو إصدار قاعدة تشريعية تخالف تماما القواعد العرفية . فيكون المشرع قد أسقط ضمنا هذه القاعدة العرفية . وبذلك يكون هذا الإلغاء صريحا فى الحالة الأولى وضمنيا فى الحالة الثانية . وهذا يتفق تماما مع ما سبق دراسته . فالإلغاء لا يكون الا بقاعدة قانونية مماثلة أو أعلى منها درجة طبقا لمبدأ التدرج التشريعى سالف الذكر . فالتشريع أعلى درجة من العرف . وهذه أفضل طريقة بل وأسرع طريقة للإلغاء للقاعدة العرفية .

٢ - الإلغاء بقاعدة عرفية لاحقة :

من خلال الحديث عن مصادر القانون تعرضنا سلفا لتعريف العرف بأنه اتباع أفراد الجماعات سلوك معين فترة طويلة من الزمان حتى ينشأ فى الإعتقاد لديهم أن هذه القاعدة أصبحت ملزمة . وهذا يعنى أن العرف تعبير عن إرادة طواعية وحقيقية للجماعات . فإذا ما حدث وترك الأفراد هذه القاعدة واتبعوا قاعدة عرفية مخالفة لها

فترة طويلة من الزمان بحيث ينشأ أيضا فى الإعتقاد لديهم أنها ملزمة . فإن القاعدة العرفية الجديدة تلغى القاعدة العرفية السابقة عليها . وهذا يعتبر نسخا للقاعدة القديمة . ولكن هذه الطريقة بطيئة وتحتاج الى وقت طويق وهذا لا يتناسب مع تغير حاجات الأفراد فى المجتمع.

ب - السلطة التي تلغى العرف :

لا يختلف العرف عن التشريع من حيث السلطة التي تلغيه[1]. فهو يتم الغاءه إما بذات السلطة التي وضعته على النحو السالف أو سلطة أعلى منها . فإذا كانت للقاعدة العرفية فى درجة اللائحة . فإنه يمكن الغاءها بالتشريع العادى أو الأساس أو بتشريع لائحى جديد . أما إذا كانت فى درجة التشريع لعادى فإ نه يمكن الإلغاء بنص قانونى أو بنص دستورى .

---

(١) أنظر د / جلال ابراهيم ص ٢٦٢.

الباب الرابع

مختارات من أحكام الدستورية العليا

تمهيد

لما كان التشريع يجب أن يكون متفقا مع الدستور . وكان التشريع من عمل المشرع وهو من صنع البشر فلابد أن يأتى التشريع ناقصا . وقد تطور حاجات المجتمع فيصدر المشرع تشريعات جديدة . كما حدث فى ظل العلاقات الإيجارية . فقد تدخل المشرع لحماية الطبقات الضعيفة ابتداء منذ عام ١٩٤٧ وحتى عام ١٩٩٧ ورأى تغير ظروف الطبقات . فأراد المشرع أن يقيم نوع من التوازن والتعادل بينها . فعدل كثير من التشريعات سابقة فى مجال العلاقات الإيجارية . وقد اضطر المشرع الى ذلك نزولا على الدور التى مارسته الدستورية العليا فى مجال الرقابة . ولذلك فضلنا فى المؤلف الدراسى أن نضع بعض الأحكام التى لها صلة بموضوع الدراسة وخاصة حماية الطبقة الاجتماعية لحق الملكية فى مجال العلاقات المدنية – وسوف نخصص لها فصل أول وفى مجال القانون

الجنائى . من حيث معالجة مشكلة تطبيق القانون من حيث الزمان
وانعدام الرجعية واصطدامها مع القانون الجديد الأصلح للمتهم .
وسوف نخصص لها الفصل الثانى . وذلك على النحو التالى

الفصل الأول

أحكام دستورية فى مجال العلاقات المدنية

التعليق على حكم الدستورية العليا فى الدعوى

رقم ١٤٤ لسنة ٢٠ق دستورية عليا والصادر فى ٢٠٠٠/٣/٤ (١)

بالجلسة العلنية المنعقدة يوم السبت ٤ مارس سنة ٢٠٠٠ الموافق ٢٨ ذو القعدة سنة ١٤٢٠ هـ .

وبرئاسة السيد المستشار / محمد ولى الدين جلال رئيس المحكمة .

وعضوية السادة المستشارين : الدكتور عبدالمجيد فياض وماهر البحيرى ومحد على سيف الدين وعدلى محمود منصور ومحمد عبدالقادر عبدالله وعلى عوض محمد صالح .

وحضور السيد المستشار / عبدالوهاب عبدالرازق رئيس هيئة المفوضين .

---

(١) أنظر للمؤلف التعليق على هذا الحكم دار النهضة العربية عام ٢٠٠٠

وحضور السيد / ناصر إمام محمد حسن أمين س

اصدرت الحكم الاتى :

في القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ١٤٤ لسنة ٢٠ قضائية " دستورية " .

المقامة من

السيد / إداوارد إبراهيم عوض الله المحامى بصفته وكيلا للدائنين فى الدعوى رقم ١٥٥ لسنة ١٩٨٧ إفلا كلى قليوب

ضد

١ - السيد / رئيس الجمهورية

٢ - السيد / رئيس مجلس الوزراء

٣ - السيد / وزير العدل

٤ - السيد / عصام حسن محمد سمور

الإجراءات

بتاريخ الخامس من يوليو سنة ١٩٨٨ . أودع المدعى قلم كتاب المحكمة صحيفة الدعوى الماثلة . طالباً الحكم بعدم دستورية المادة ١٩ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر.

وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فيها الحكم برفض الدعوى .

وبعد تحضير الدعوى ، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها: ونظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة . وقررت المحكمة إصدار الخحكم فيها بجلسة اليوم

المحكمة

بعد الإطلاع على الأوراق ، والمداولة

حيث إن الوقائع – على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق – تتحصل فى أن المدعى كان قد أقام الدعوى رقم ١٢٩٠ لسنة ١٩٩٨ إيجارات أمام محكمة شمال القاهرة الإبتدائية ضد

المدعى عليه الرابع ابتغاء القضاء بفسخ عقد الإيجار المؤرخ ١٩٩٥/٥/٢١ إخلائه من العين المؤجرة المبينة بالأوراق قولاً بأن المدعى عليه استأجرها بقصد استعمالها سكناً خاصاً غير أنه قام بتغيير استعمالها إلى عيادة طبية دون موافقة المؤجر ، وأثناء نظر الدعوى ، دفع المدعى بعدم دستورية المادة ١٩ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ المشار إليه . وإذ قدرت محكمة الموضوع جدية دفعه وصرحت له بإقامة دعواه الدستورية فقد أقام الدعوى الماثلة.

وحيث إن المادة ١٩ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر تنص على أنه : " فى الأحوال التي يتم فيها تغيير استعمال العين الى غير أغراض السكنى تزاد الأجرة القانونية بنسبة:

١ - -------------------------

٢ - -------------------------

٣ - -------------------------

٤ - -------------------------

وفى حالة التغيير الجزئى للإستعمال يستحق المالك نصف النسب المشار إليها ويشترط ألا يترتب على تغيير الاستعمال كليا أو جزئيا إلحاق ضرر بالمبنى أو بشاغليه .

وتلغى المادة ٢٣ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ وذلك اعتبارا من تاريخ العمل بهذا القانون .

ومؤدى هذا النص أن تغيير استعمال العين المؤجرة سكنا إلى غير غرض السكنى غدا رخصة للمستأجر يجوز له أن يستعملها - دون توقف على إرادة مالكها - وذلك بعد إلغائه صراحة المادة ٢٣ المشار اليها والتي كانت تشترط موافقة المالك على هذا التغيير ، وهو ما أكدته أعماله التحضيرية على ما يبين من مضبطة الجلسة رقم ٦٩ لمجلس الشعب المعقودة بتاريخ ٢٣ يونيه ١٩٨١ والتقارير الملحقة بها .

وحيث إن المدعى ينعى على النص المطعون فيه أنه إذا منح المستأجر حرية تغيير استعمال العين المؤجرة سكنا إلى غرض آخر دون موافقة المالك ، فقد تمخض عدوانا على الملكية التي يحميها الدستور . تقديراً بأن حق مستأجر العين فى استعمالها - حتى بعد

العمل بالتشريعات الاستثنائية فى مجال الإسكان - لازال حقا شخصيا ، وما النص المطعون فيه إلا ميزة إضافية اقتحم المشرع بها حق الملكية إخلالاً بمجالاته الحيوية التي لا يجوز المساس بها ، منشأ بذلك حقوقا مبتدأة للمستأجر لا يتوازن بها مركزه القانونى مع المؤجر ، ولا يقيم علاقتهما ببعض على أساس من التضامن الاجتماعى، مخالفا بذلك أحكام الشريعة الإسلامية ومهدراً مبدأ حرية التعاقد الذى هو فرع من الحرية الشخصية المكفولة بنص المادة ٤١ من الدستور.

وحيث إن هذا النص يثير المسألتين الآتيتين :

الأولى : دستورية زيادة الأجرة بالنسبة الثابتة التي حددها النص فى الأحوال التي يتم فيها تغيير استعمال العين إلى غرض غير السكنى .

الثانية : دستورية شروط هذا التغيير بالزام المالك به دون توقف على موافقته .

وحيث إن هذه المحكمة سبق أن حسمت المسألة الأولى

بحكمها الصادر بجلسة ٧ فبراير ١٩٩٨ فى الدعوى رقم ١٣٧ لسنة ١٨ قضائية " دستورية " الذى قضى بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة ٢٧ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ بشأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر . وذلك فيما تضمنته من استثناء الأماكن التي حددتها ، من الخضوع لزيادة الأجرة المقررة بمتقضى نص المادة ١٩ من هذا القانون ، أما المسألة الثانية فلم تكن مطروحة على هذه المحكمة فى الدعوى سالفة الذكر وذلك لما هو مقرر من أن الخصومة الدستورية لا تتناول غير النصوص المطعون عليها - محددة نطاقا على نحو ما قدرته المحكمة - ولا شأن لها بما يجاوز هذا النطاق ، ومن ثم يظل أمر المادة ١٩ فيما أنطوت عليه من عدم اشتراط موافقة المالك على تغيير المستأجر استعمال العين المؤجرة سكناً إلى غير السكنى ، مطروحا على هذه المحكمة للفصل فى دستوريته ، إذ لم يتعرض الحكم سالف الذكر إلى شروط ذلك التغيير .

وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن حرية التعاقد قاعدة أساسية يقتضيها الدستور صونا للحرية الشخصة التى

لايقتصر ضمانها على تأمينها ضد صور العدوان على البدن ، بل تمتد حمايتها إلى أشكال متعددة من إرادة الأختيار وسلطة التقدير التي ينبغى أن يملكها كل شخص ، فلا يكون بها كائنا يحمل على ما لا يرضاه .

وحيث إن حرية التعاقد - بهذه المثابة - فوق كونها من الخصائص الجوهرية للحرية الشخصية ، فهى كذلك وثيقة الصلة بالحق فى الملكية ، وذلك بالنظر إلي الحصول التي ترتبها العقود - المبنية على الإرادة الحرة - فيما بين أطرافها ، بيد أن هذه الحرية - التي لا يكلفها انسان دون عائق ، ولا جرم لكل قيد عليها ، ولاعلوها على مصالح ترجحها ، وإنما يدينها من أهدافها قدر من التوازن بين جموحها وتنظيم،هنا - ولا تعطلها تلك القيود التى تفرضها السلطة التشريعية عليه با يحول دون انفلاتها من كوابحها - ويندرج تحتها أن يكون تنظيمها لأنواع من العقود محدداً بقواعد آمرة تحيط ببعض جوانبها ، غير أن هذه القيود لا يسعها أن تدهم الدائرة التي تباشر فيها الإرادة سلطانها ، ولا أن تخلط بين المنفعة الشخصية التي يجنبها المستأجر من عقد الإيجار - والتي انصرفت

إليها إرادة المالك عند التأجير – وبين حق الإنتفاع كأحد الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية .

وحيث أن النص المطعون فيه خول المستأجر تغيير استعمال عين كان قد استأجرها سكنا إلى غير غرض السكنى ، وكان هذا النص – وباعتباره واقعاً فى إطار القيود الاستثنائية التي نظم بها المشرع العلائق الإيجارية – قد استهدف إسقاط شرط موافقة المالك على قيام المستأجر بهدا التغيير ، وكان حق المستأجر لازال حقاً شخصياً مقصوراً على استعمال عين بذاتها فيما لا يجاوز الغرض الذى أجرت من أجله فلا يمتد إلي سلطة تغير استعمالها بغير موافقة مالكها . وبالمخالفة لشرط اتصل باجاره إبرماها معاً . صريحا كان هذا الشرط أم ضمنيا ، فإن هذا النص يكون متضمنا عدوانا على الحدود المنطقية التي تعمل الإرادة الحرة فى نطاقها ، والتي لاتستقيم الحرية الشخصية – فى صحيح بنيانها – بفواتها ، فلا تكون الإجارة إلا إملاء يناقض أسسها.

وحيث أنه من المقرر – فى قضاء هذه المحكمة – أن صون الدستور للملكية الخاصة ، مؤداه أن المشرع لا يجوز أن يجردها من

لوازمها ، ولا أن يفصل عنها بعض أجزائها ، ولا أن ينتقص من أصلها أو يغير من طبيعتها دون ما ضرورة تقتضيها وظيفتها الإجتماعية . وكان ضمان وظيفتها هذه يفترض ألا ترهق القيود التي يفرضها المشرع عليها جوهر مقوماتها ، ولا أن يكون من شأنها حرمان أصحابها من تقرير صور الإنتفاع بها ، وكان صون الملكية واعقتها لا يجتمعان ، فإن هدمها أو تقويض أسسها من خلال قيود تنال منها وينحل عصفاً بها منافياً للحق فيها .

وحيث إن مكنة استغلال الأعيان ممن يملكونها من خلال عقود إجارة إنما تعنى حقهم فى اختيار من يستأجرونها من ناحية والغرض من استعمالها من ناحية أخرى . وكانت حريتهم فى هذا الاختيار جزءاً لا يتجزأ من حق الاستغلال الذى يباشرونه أصلا عليها ، وكان من المقرر أن حق الملكية - بكامل عناصره - قيما مالية يجوز التعامل فيها ، وكان الأصل أن يظل مؤجر العين متصلا بها ، فلا يعزل عنها من خلال سلطة مباشرة يمارسها آخرون عليها بناء على نص فى القانون ، بيد أن النص المطعون فيه أجاز للمستأجر بإرادته المنفردة الحق فى تغيير استعمال العين إلى غير

غرض السكنى ، فى إطار علائق إيجارية شخصية بطبيعتها ، مهدراً كل إرادة لمؤجرها فى مجال القبول بهذا التغيير أو الاعتراض عليه .

وحيث أن مقتضى ما نص عليه الدستور فى المادة ٧ من قيام المجتمع على أساس من التضامن الاجتماعى ، يعنى وحدة الجمعة فى بنيانها . وتداخل مصالحها لا تصادمها ، وإمكن التوفيق بينه ومزاوجتها ببعض عند تزاحمها ، وترابط أفرادها فيما بينهم فلا يكون بعضهم لبعض إلا ظهيرا ، ولا يتناحرون طمعاً ، وهم بذلك شركاء فى مسئوليتهم عن حماية تلك المصالح ، لا يملكون التنصل منها أو التخلى عنها . وليس لفريق منهم أن يتقدم على غيره انتهازا ، ولا أن ينال قدرا من الحقق يكون بها - عدوانا - أكثر علوا ، وإنما تتضافر جهودهم ، وتوافق توجهاتهم ، لتكون لهم الفرص ذاتها التي تقيم لمجتمعاتهم بنيانها الحق ، وتتهيأ معها تلك الحماية التي ينبغى أن يلوذ بها ضعفاؤهم ، ليجدوا فى كنفها الأمن والاستقرار .

وحيث أن النص المطعون فيه ، ليس إلا حلقة فى اتجاه عام تبناه المشرع أمدا طويلا فى إطار من مفاهيم تمثل ظلما لمؤجرين ما

برح المستأجرون يرجحون عليهم مصالحهم . متدثرين فى ذلك بعباءة قوانين استثنائية جاوز واضعوها بها حدود الاعتدال فلا يكون مجتمعهم معها إلا متحفيا حقوقا ما كان الإضرار بها نائيا بالإجازة عن حدود متطلباتها ، وعلى الأخص ما تعلق منها بتعاون طرفيها اقتصاديا واجتماعيا ، حتى لا يكون صراعهما - بعد الدخول فى الإجارة - إطاراً لها . وحيث أنه لما تقدم يكون النص المطعون فيه مخالفاً للمواد ٧ ، ٣٢ ، ٣٤ ، ٤١ من الدستور .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة ١٩ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فى شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر فيما انطوى عليه من عدم اشتراط موافقة المالك عند تغيير المستأجر استعمال العين إلى غير غرض السكنى ، وألزمت الحكومة المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة .

أمين السر **رئيس المحكمة**

- وسوف نفرد للتعليق على هذا القضاء على النحو التالى :

المبحث التمهيدى

استعمال العين المؤجرة

فى قوانين العلائق الإيجارية

تمهيد :

قبل الخوض فى سرد التطور التشريعى الذى أورده المشرع الإستثنائى فى قوانين إيجار الأماكن والقواعد العامة ، حول تحديد الغرض من استعمال العين المؤجرة لابد لنا من وقفة ولو صغيرة حول بعض تحديدات قانونية وخاصة بعد صدور حكم المحكمة الدستورية[١] محل التعليق لهذا القضاء ، ومن ثم فإن الدراسة فى هذا الفصل تنقسم إلى مطلبين :

يتناول المطلب الأول : التحديدات القانونية حول هذا القضاء

ويتناول المطلب الثانى : التطور التشريعى لاستعمال العين المؤجرة فى قوانين العلائق الايجارية ، وذلك على النحو التالى :

---

(١) أنظر الدعوى ١٤٤ لسنة ٢٠ق دستورية عليا فى ٢٠٠٠/٣/٤.

المطلب الأول

التحديدات القانونية

حول حكم المحكمة الدستورية العليا محل الدراسة

بادئ ذى بدأ ننوه إلى أن المقصود بهذه التحديدات القانونية هو ما يثيره هذا القضاء محل البحث من مشكلات قانونية . وسوف نحصرها على النحو التالى :

أولا : مدى جواز إخلال المستأجر الذى خالف نص المادة ١/١٩ فى الفترة السابقة على نشر الحكم بعدم الدستورية . هذه احدى الحالات الحرجة التي يشهدها التطبيق العملى . فقد يقوم المستأجر للعين بغرض السكنى بتغيير الغرض من الاستعمال إلى غير السكنى . كما لو حول المسكن إلى عيادة طبية أو إلى مكتب محامى أو متجر أو مصنعاً . وكان التغيير فى الفترة السابقة على نشر الحكم بعدم الدستورية .

فهنا يلح على الخاطر تساؤل . هل يجوز لهذا المؤجر الحالى إخلاء المستأجر من هذه العين المؤجرة وذلك استناداً إلى القضاء

بعدم دستورية نص المادة ١/١٩ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ ؟

للإجابة على هذا التساؤل يتعين الوقوف سلفاً على الأثر المترتب على عدم دستورية نص فى القانون أو اللائحة .

بالاطلاع على نص المادة ٤٩ من القانون ٤٨ لسنة ١٩٧٩ فى شأن المحكمة الدستورية العليا والذى يتضح منه أن أحكام المحكمة الدستورية فى الدعاوي الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة .

وتنشر هذه الأحكام فى الجريدة الرسمية . ويترتب على هذا القضاء بعدم الدستورية امتناع تطبيق النص غير الدستورى من اليوم التالى لتاريخ النشر . وفى حالة ما إذا كان النص المحكوم بعدم دستوريته متعلقاً بمواد القانون الجنائى ، فإن القضاء بعدم دستوريته يتضمن إعدام للنص من بدايته أى يكون له أثر رجعى . هذا وقد صدر القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ من السيد رئيس الجمهورية[١]، بتعديل الفقرة الثالثة من هذا النص ليكون التعديل "

---

(١) أنظر القرار بقانون الصادر من السيد رئيس الجمهورية رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨. ونرى أن هذا القرار بقانون غير دستورى أيضا لعدم وجود حالة الضرورة التي تبيح لرئيس الجمهورية سلطة إصدار قرارات لها قوة القانون ، نشر فى الجريدة الرسمية ، العدد ٢٨ مكرر فى ١٩٩٨/٧/١١ .

... يترتب على الحكم بعدم الدستورية للنص سواء فى القانون أو اللائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لتاريخ النشر ، ما لم يحدد الحكم تاريخاً آخر لذلك . كما ألا يكون للحكم بعدم الدستورية لنص ضريبى إلا أثر مباشر . ومن ثم فإن المستأجر الذى قام بتغيير استعمال العين من غرض السكنى إلى غير السكنى بدون موافقة المالك إستناداً إلى نص قانونى . بل استند إليه فى عملية تغيير الغرض من الإستعمال . فهو معزور فيما ذهب إليه ، وبالتالى لايجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المستأجر الذى غير استعمال العين من السكنى إلى غير السكنى بدون موافقة المالك فى ظل أحكام المادة ١/١٩ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ وذلك حتى اليوم التالى لتاريخ النشر للحكم الصادر بعدم الدستورية [(١)]. فنفاذ مفعول الدستورية يتحقق عملاً بالمادة ٣/٤٩ من اليوم التالى لتاريخ النشر.

ولكن إذا قام المستأجر بهذا التغيير بعد نشر الحكم . فإن

---

(١) نشر الحكم الصادر فى الدعوى ١٤٤ لسنة ٢٠ ق دستورية عليا ، الصادر فى ٢٠٠٠/٣/٤ فى الجريدة الرسمية ، العدد ١١ فى ٢٠٠٠/٣/٢٠ . وبالتالى فإن نفاذ الحكم هو اليوم التالى لتاريخ النشر ٢٠٠٠/٣/٢١

النص يكون قد فقد دستوريته وقد زال النص بالفعل .

ومن نافلة القول نريد القول أن القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧، ١٣٦ لسنة ١٩٨١ لم يتضمنا حظراً صريحا لتغيير الاستعمال للعين كما ورد بعقد الإيجار . وأزاء خلو هذا لتشريع الإستثنائى من هذا التنظيم ، فلا بد من العودة إلى القواعد العامة الواردة فى القانون المدنى وهى المادتين ٥٧٩ ، ٥٨٠ من التقنين المدنى المصرى الجديد . وبالفعل عندما نمعن النظر فى هتين المادتين . نجد أنهما يتفقان على التزام المستأجر باستعمال العين المؤجرة على النحو المتفق عليه فى العقد . ويترتب علي ذلك أنه إذا ورد فى العقد بند أو إتفاق على العين قد أجرت للسكن . فيتعين الالتزام بما ورد فى هذ العقد . ولا يجوز من ثم استعمالها فى غرض التجارة أو المهن الحرة . أى على المستأجر أن يقتصر علي الإستعمال الوارد بالعقد . وألا يعمد إلى تغييره إلا بأذن المؤجر . على أنه يستثنى من ذلك الحالة التى لا يترتب على تغيير الاستعمال العين ضرر للمؤجر . وبالتالى تنتفى الحكمة من حظر التغيير ، وفى الحالة الأخيرة يصبح التغيير جائز . ولمحكمة الموضوع سلطة تقدير مدى توافر الضرر بمصلحة المؤجر أو

بشاغلى العقار . والضرر الناتج عن تغيير نوع الاستعمال يختلف عن التغيير الذى تقصده المادة ١٨/د من أحكام القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ . إذ لا يلزم كما ذهب البعض[1] أن يرقى الضرر المترتب على تغيير نوع الاستعمال إلى ذات جسامة الضرر الذى يقصد من نص المادة ١٨/د سالف الذكر .

ثانيا : سبق إقرار المحكمة الدستورية العليا لنص المادة ١/١٩ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ . الأمر الذى يثير الدهشة والغرابة فى القضاء محل التعليق أنه سبق أن أقر دستورية نص المادة ١/١٩ محل القضاء بعدم الدستورية . ولعل هذ واضح تماماً وأمام أعين رجال القانون بصفة عامة ورجال القضاء بصفة خاصة . وهذا الإقرار الصريح من هذه المحكمة هو الحكم الصادر فى الدعوى رقم ١٣٧ لسنة ١٨ ق دستورية عليا [2].

وهذا القضاء قضى بعدم دستورية نص المادة ١/٢٧ من أحكام

---

(١) أنظر : المستشار / زكريا شلش ، مقال جريدة الأهرام المصرية فى ٢٠٠٠/٣/١٥.

(٢) أنظر : أحكام المحكمة الدستورية العليا منذ إنشائها حتى عام ١٩٩٨ ، طبعة نقابة المحامين ، ص ٢١٠ ، الحكم الصادر فى الدعوى ١٣٧ لسنة ١٨ ق فى ١٩٩٨/٢/٧.

القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ . وذلك تضمنته هذه الفقرة سالفة الذكر من استثناء الأماكن التي حددتها من الخضوع لزيادة الأجرة المقررة بموجب نص المادة ١٩ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ ، هذا القضاء فى الدعوى ١٣٧ لسنة ١٨ ق يعتبر قولاً فصل بدستورية نص المادة ١/١٩ المقضى بعدم دستوريتها فى الدعوى ١٤٤ لسنة ٢٠٠٠ق محل الدراسة .

ومن خلال التسبيب الوارد فى الدعوى ١٣٧ لسنة ١٨ ق السابق على الدعوى محل الدراسة ١٤٤ لسنة ٢٠٠٠ ق . نجد أن قضاء الدستورية قد أكد على أن الأماكن التي تشملها زيادة الأجرة الواردة فى المادة ١٩ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ يجمعها أن مستأجريها أدخلوا عليها تغيير قلبها إلى أماكن لا يسكنونها . وكان نص المادة ٢٧ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ يعامل الأماكن التي حددها ، وهى تلك التي لا تتخذ لمباشرة نشاط تجارى أو صناعى أو للضريبة على أرباح المهن غير التجارية ، معاملة الأماكن المؤجرة لأغراض السكنى وذلك لتسقط عنها الزيادة التي أضافتها المادة ١٩ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ إلى الأجرة القانونية لهذه الوحدات .

ومن ثم وقد أنتهت المحكمة إلى أن نص المادة ٢٧ من القانون ١٣٦ فيما تضمنه من استثناء الأماكن التي حددتها من الخضوع لزيادة الأجرة المقررة بالمادة ١٩/١ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ ، فإن هذا النص الطعين يكون قد انتقص من حقوق ملاك تلك الأماكن . وأقام بالتالى تمييزاً غير مبرر بين أوضاع متماثلة . وجاء مخالفاً بذلك المواد ٣٢ ، ٣٤ ، ٤٠ من الدستور . وهذا يؤكد بوضوح أمام الباحث والقارئ أن هذه المحكمة قد أكدت على دستورية نص المادة ١٩/١ من أحكام هذا القانون . ولو كان غير دستورى لقضت هذه المحكمة بعدم الدستورية ابتداء منذ عام ١٩٨٩ عندما عرض عليها الطعن فى المادة ٢٧ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فى الدعوى ١٣ لسنة ١٨ ق .

ومن نافلة القول ، أن المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى ١٤٤ لسنة ٢٠٠٠ق محل البحث والدراسة . كان لها منذ عرض عليها هذا النص الوارد فى المادة ١/١٩ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ ، عند النظر فى عدم دستورية المادة ٢٧ من ذات القانون كان يتعين عليها القضاء بعدم الدستورية ، لأن قضاء هذه لمحكمة

مستقر على أن النص المطعون عليه إذا كان مرتبطاً مع نصوص أخرى لا تقبل التجزئة . فإن عدم الدستورية يلحق النص المطعون عليه والمرتبط به كذلك[١]. وكذلك الحال عندما قضت هذه المحكمة بعدم دستورية نص المادة ١/١٩ سالف الذكر . فكان يتعين عليه القضاء بعدم دستورية الفقرة الثانية منه ، كذلك لأنها مرتبطة به إرتباطاً لايقبل التجزئة [٢]، وإلا سوف يفتح المجال فيما بعد للحديث عن ضوابط الاستعمال والضرر الذى ينتج من تغيير نوع الاستعمال للعين المؤجرة .

ثالثاً : مصير الأجرة الإضافية عند العودة للإستعمال سكناً .

الغرض الأول : قد يحدث أن يعود المستأجر إلى استعمال العين فى الغرض الزول حسب العقد المبرم بينه وبين المؤجر فهنا يثور التساؤل . هل يلتزم المستأجر الذى قام بتغيير نوع استعمال العين المؤجرة بغير موافقة المالك ، إستناداً إلى نص المادة ١/١٩ المقضى بعدم دستورية بالزيادة فى الأجرة الإضافية عند عودته

(١) أنظر الدعوى ٢٨ لسنة ١٥ ق دستورية عليا فى ١٩٩٨/١٢/٥.

(٢) أنظر عكس ذلك تقرير هيئة مفوضى الدولة . المستشار / عبدالوهاب عبدالرازق ١٩٩١/١١/٢٣ .

لاستعمالها سكنى مرة أخرى ؟

الواضح أنه إذا قام المستأجر بالعودة للاستعمال السكنى نزولاً على قضاء المحكمة الدستورية . فإنه لا يلتزم بالزيادة الواردة بهذه المادة ، وكذلك أيضا الواردة فى المادة ٣ من القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ ، وذلك بشرط أن يكون تغيير نوع الاستعمال إلى غير أغراض السكنى بدون موافقة المؤجر . واستناداً إلى هذ النص ، أما إذا كان تغيير الاستعمال إلى غير غرض السكنى بناء على موافقة المؤجر كتابة . فالمستأجر يلتزم بالزيادة فى الأجرة المشار إليها حتى ولو عاد إلى الإستعمل الأول وهو السكنى (١).

---

(١) أنظر المستشار / عزمى البكرى ، التعليق على القانون ٦ لسنة ١٩٩٧ ، دار محمود للنشر والتوزيع ، ص ١٢.

المطلب الثانى

التطور التشريعى لاستعمال العين المؤجر

فى قوانين العلائق الإيجارية

تمهيد :

للوقـوف على هذا التطور لابد من عـرض هذا التطور فى ظل القواعد العامة فى القانون المدنى ، ثم فى ظل القوانين الاستثنائية . وهذا التطور التـشـريعى لابد منه للوقـوف على مـدى إتسـاق هذه القواعد مع مبدأ التضامن الاجتماعى وتحقيق الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة وصيانتها الواردة فى المواد ٧ . ٣٤ من الدستور . ومن ثم فإن خطة الدراسة فى هذا المطلب إلى فرعين :

يتناول الفرع الأول :الرخصة التشريعية للمستأجر فى استعمال العين المؤجرة فى ظل القواعد العامة .

ويتناول الفرع الثانى : الرخصة التـشـريعـيـة للمـسـتـأجـر فى استعمال العين المؤجرة فى ظل القواعد الاستثنائية .

الفرع الأول

رخصة المستأجر فى استعمال العين المؤجرة

فى ظل القواعد العامة فى القانون المدنى

النصوص التشريعية

تنص المادة ٥٧٩ من القانون المدنى على أنه " يلتزم المستأجر بأن يستعمل العين المؤجرة على النحو المتفق عليه . فإذا لم يكن هناك إتفاق إلتزام أن يستعمل العين بحسب ما أعدت له ، وتنص المادة ٥٨٠ على أنه :

١ - لايجوز للمستأجر أن يحدث بالعين المؤجرة تغييراً بدون إذن المؤجر إلا إذا كان هذا التغيير لا ينشأ عنه أى ضرر للمؤجر.

٢ - فإذا أحدث المستأجر تغييراً فى العين المؤجرة مجاوزاً فى ذلك حدود الالتزام الوارد فى الفقرة السابقة جاز إلزامه بإعادة العين إلى الحالة التي كانت عليها وبالتعويض إن كان له مقتضى . وتنص المادة ٥٨٣ مدنى على أنه " ١ - يجب على المستأجر أن يبذل من العناية فى إستعمال العين المؤجرة وفى المحافظة عليها ما يبذله الشخص المعتاد .

٣ - وهو مسئول عما يصيب العين أثناء إنتفاعه بها من تلف أو هلاك غير ناشئ عن إستعمالها إستعمالاً مألوفاً .

بينت النصوص السابقة كيفية إستعمال المستأجر العين المؤجرة ، وفى هذا الاستعمال تتعرض لها إذا كان مبيناً فى عقد الإيجار ، أو إذا كان غير مبين فى هذا العقد .

أولاً : استعمال العين إذا كان الاستعمال مبينا فى العقد

قد يكون إستعمال العين مبيناً فى عقد إيجارها ، كأن ينص صراحة علإى أن العين قد أجرت للسكنى ، أو أن العين قد أجرت لتستعمل مقهى أو مطعماً ، ففى هذه الحالة يجب إتباع نص العقد . وعلى ذلك لايجوز للمستأجر ، إذا كان عقد الإيجار قد بين فى أى شئ تستعمل العين المؤجرة فلا يجوز أن يستعملها فى شئ آخر . فإذا بين العقد أن العين تستعمل مقهى فلا يجوز إستعمالها مسرحاً غنائياً أو مطعماً . وإذا بين أنها تستعمل للسكنى فلا يجوز استعمالها للتجارة[١] .

---

(١) أنظر : د/ السنهورى - الوسيط - ١٩٨٨ - الجزء السادس - المجلد الأول - ص ٦٨٣ ، طبعة نادى القضاة ١٩٩٨ .

وقد قضت محكمة النقض[1] بأن النص فى المادتين ٥٧٩ و ٥٨٠ من القانون المدنى على إلتزام المستأجر بإستعمال العين المؤجرة على النحو المتفق عليه ، وبألا يحدث بها تغييرات بدون إذن المؤجر ، يدل على أن المستأجر يلتزم باستعمال العين المؤجرة فى الغضر الذى أجرت من أجله . فإن تحدد هذ الاستعمال فى العقد وجب على المستأجر أن يقتصر عليه ، وألا يعمد إلى تغييره إلا بعد حصوله على إذن من المؤجر " .

كما قضت " بأنه لما كان الثابت بمدونات الحكم المطعون فيه أن الغرض من استئجار العين محل النزاع هو بيع أدوات وزيوت السيارات وأن عقد إيجارها يحظر استعمالها بطريقة تنافى شروط العقد وانهما قد أضافا إلى النشاط المتعاقد عليه بيع البنزين والسولار من مضختين أقيمتا بالعين وأن هذا النشاط المستحدث يختلف عن النشاط الأصلى وأن الحكم قد رتب على ذلك اعتبار المستأجر مخالف لشروط العقد وأنه لا وجه لم تمسك به من وقوع المضختين على الصريف خارج العين المؤجرة لارتباط استغلالها

---

(١) نقض مدنى فى ٢٨ أبريل سنة ١٩٨٣ ، مجموعة أحكام النقض - السنة ٣٤ رقم ٢١٤ ، ص ١٠٦٧.

باستئجار العين ارتباطاً عضوياً قوامه أنه ماكان لهما الحصول على ترخيص باقامة المضختين للا استئجار تلك العين التي أضحت بذلك مستخدمة فى تسويق البنزين مما يعتبر تغييراً واضحاً فى الانتفاع بالعين يرتب ضرراً للمؤجر " .

لما كان ذلك وكان لا تلازم حتما فى الواقع أو القانون بين حصول المستأجر على ترخيص من جهة الإدرة باقامة المضختين أمام العين المؤجرة وبين عدم الاضرار بمصلحة مشروعه للمؤجر وذلك لاقتصار دلالة الترخيص الادارى على عدم مخالفة النشاط المرخص به لأحكام القوانين المنظمة لمباشرته ووقف أثره عند حد تنظيم العلاقة بين جهة الادارية وبين المرخص له دون أن يمتد إلى ما يجاوز ذلك من علاقات تعاقدية تنظمها قوانين أخرى . وكان ما ارتأه الحكم من أن من شأن استعمال مضختين للبنزين والسولار أمام العين المؤجرة يعرض عقار المؤجر لخطر الحريق أمرا لا يحتاج القاضى فى اثباته إلى ما يجاوز المعلومات العامة للكافة مما لا وجه معه للنعى على حكم بانتزاعه ذلك النظر من مصدر لا وجود له[1].

---

(١) نقض مدنى فى ٢٨ يونيه ١٩٨٠ ، مجموعة أحكام النقض ، السنة ٣١ رقم ٣٥١ ، ص ١٨٩٣ .

كذلك قضت محكمة النقض " بأن قضاءها جرى على أن للمؤجر أن يطلب اخلاء المكان المؤجر إذا أخل المستأجر فى استعماله للمكان بالتزاماته المتعلقة بهذ الاستعمال المنصوص عليها فى المواد ٥٧٩ و ٥٨٠ و ٥٨٣ من القانون المدنى والتي تلحق بالمؤجر ضرراً . ولما كان عقد الايجار المبرم بين الطرفين والذى نظم حقوقهما والتزاماتهما المتبادلة قد حظر على الطاعن المستأجر استعمال بدورم المنزل وحديقته ، ولكن الحكم المطعون فيه قضى بإخلاء المستأجر لمخالفته الشروط المعقولة فى عقد الإيجار فإنه يكون قد جاء موافقاً لصحيح القانون ومؤديا إلى النتيجة التي خلص اليها ويكون النعى عليه بمخالفته القانون والخطأ فى تطبيقه على غير أساس " (١).

وقضت أيضا بأنه إذا كان الحكم قضى باخلاء المستأجرين استناداً إلى مستندات المستأجرين وإلي أقوال شهودهم الذين شهدوا بأن أولهم استعمل عين النزاع ، ورشة ميكانيكية " وانتهى الحكم إلى ثبوت الضرر بالمؤجرين لتغيير استعمال العين من مكتبة إلى

---

(١) نقض مدنى فى ١٧ مايو ١٩٨٠ ، مجموعة أحكام النقض ، السنة ٣١ رقم ٢٦٥ ، ص ١٣٩٢.

ورشة . وهو من قبيل المعلومات العامة المفروض علم الكافة بها فإن النعى يكون غير سديد " (١).

ثانيا : استعمال العين إذا كان الاستعمال غير مبين فى العقد :

أما إذا كان الاستعمال غير مبين فى العقد ، التزم المستأجر أن يستعمل العين بحسب ما أعدت له والظروف وقرائن الأحوال هى التي تدل على كيفية الستعمال . ويرجع فى ذلك إلى مهنة لمستأجر لاسيما إذا بينت هذه المهنة فى العقد . وإلى ما كان للشئ مستعملا فيه من قبل ، وإلى كيفية إعداد العين المؤجرة فقد تدل طريقة إعدادها على أنها تستعمل لغرض خاص كمقهى أو مسرح أو مخبز . وإلى ما نشر عنه من الاعلانات قبل الإيجار ، وإلى الناحية الموجودة بها العين المؤجرة ، وإلى العرف والعادات المحلية ، وإلى غير ذلك من القرائن التي تدل على النية المحتملة للمتعاقدين . وقاضى الموضوع هو الذى يبت فى تحديد الغرض الذى أعدت له العين المؤجرة.

---

(١) نقض مدنى فى ١٣ فبراير ١٩٨٠ - مجموعة أحكام النقض ، السنة ٣١ رقم ٩٥ ، ص ٤٩٠.

فإذا كنت العين المؤجرة فى جهة صناعية وكانت معدة لأن تكون مصنعا ، لم يستطيع المستأجر أن يستعملها لغرض آخر ، بل يجب عليه ألا يقف سير المصنع وقفاً غير معتاد وكذلك الحال فيما لو كان المؤجر معد لأن يكون مطعماً أو فندقاً أو مقهى أو غير ذلك . كذلك لا يجوز للمستأجر ، إذا كان المنزل الذى استأجره فى حى تسكن فيه الطبقة العليا من الناس ، أن يعمد إلى تحويله نادياً تأوى إليه الغوغاء . وقد قضى بأن تغيير المحل المؤجر من محل سكن إلى فندق فيه تغيير لموضوع عقد الإيجار ، فإذا حصل هذا التغيير بغير رضاء المؤجر كان له حق طلب الفسخ [١].

جزاء الإخلال بالالتزام:

إذا أخل المستأجر بالتزامه باستعمال العين فيما أعدت له ، فللمؤجر طبقا للقواعد العامة أن يطالبه بتنفيذ هذا الالتزام عيناً فيلزمه بأن يستعمل العين طبقا لما أعدت له ، وله أيضا أن يطلب فسخ عقد الإيجار لعدم قيام المستأجر بتنفيذ التزاماته ، وسواء طلب المؤجر التنفيذ العينى أو الفسخ ، فإن له فى الحالتين أن يطلب

(١) السنهورى - الوسيط - ص ٦٨٩ ، ص ٦٩٠ - المرجع السابق .

التعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء اخلال المستأجر بالتزامه[١].

ويجوز للمؤجر الموافقة صراحة أو ضمنا على تغيير المستأجر إستعمال العين المؤجرة فى غير الغرض التي أجرت من أجله[٢].

---

(١) السنهورى – الوسيط – ص ٦٩٤ ، المرجع السابق .
(٢) السنهورى – الوسيط – ص ٦٩٤ ، المرجع السابق .

الفرع الثانى

رخصة المستأجر فى العين المؤجرة

فى ظل القوانين الاستثنائية

١ - التشريعات الاستثنائية الخاصة بإيجار الأماكن

تناولت هذه التشريعات العلاقة الإيجارية فى شأن إيجار الأماكن بأحكام خرجت على القواعد العامة فى عقد الإيجار ، لذلك نستعرض رخصة تغيير المستأجر إستعمال العين المؤجرة إلى غير أغراض السكنى فى تلك التشريعات .

قانونا رقما ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ، ٥٢ لسنة ١٩٦٩ بشأن إيجار الأماكن وتنظيم العلاقات بين المؤجرين والمستأجرين

نصت المادة الثانية من القانون ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ، والمعدلة بالقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٩ على أنه " لايجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان المؤجر ، ولو عند إنتهاء المدة المتفق عليها فى العقد ، إلا لأحد الأسباب الآتية :

إذا إستعمل المستأجر المكان المؤجر ، أو سمح باستعماله ، بطريقة تنافى شروط الإيجار المعقولة أو تضر بمصلحة المالك " .

وتنص المادة ٢٣ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ على أنه " فى غير الأماكن المؤجرة مفروشة ، لايجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان ، ولو إنتهت المدة المتفق عليها فى العقد ، إلا لأحد الأسباب الآتية :

•

إذا استعمل المستأجر المكان المؤجر ، أو سمح باستعماله بطرقة تخالف شروط الإيجار المعقولة أو تضر بمصلحة المؤجر".

ومؤدى هذين النصين أنه لايجوز للمستأجر تغيير استعمال العين المؤجرة إلى غير أغراض السكنى بدون موافقة المالك ، إذ أنهما يجيزان للمالك أن يطلب إخلاء العين لهذا السبب . باعتبار أن هذا التغيير يعد استعمالا للعين المؤجرة بالمخالفة لشروط عقد الإيجار . لو لم ينشأ عن ذلك ضرر ، أو يعد إستعمالا للعين بطريقة تضر بمصلحة المالك ، ولو لم يكن فى ذلك أى خطأ أو مخالفة لشروط العقد . ولكن القضاء يجرى على ضرورة اجتماع الشرطين

معاً . مخلفة شروط العقد وتحقق الضرر[١]، إذ قضت محكمة النقض أن " النص فى المادة ٢/جـ من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ - المقابلة للمادة ٢٣/جـ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ - على أنه يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان المؤجر إذا إستعمله المستأجر أو سمح باستعماله بطريقة تنافى شروط الايجار المعقولة أو تضر بمصلحة المالك ، مما يستفاد منه أن للمؤجر الحق فى طلب إخراج المستأجر لمجرد استعمال المكان المؤجر إستعمالاً مخالفاً لشروط الإيجار المعقولة ، ولو لم ينشأ عن ذلك ضرر للمؤجر.

إلا أنه طبقا للقواعد العامة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يشترط لفسخ العقد والإخلاء فى هذه الحالة حصول ضرر للمؤجر من إستعمال المكان المؤجر إستعمالاً ينافى شروط العقد ، لايغير من ذلك أن يتضمن العقد منعاً صريحا من إجراء أى تغيير فى العين المؤجرة ، لأن تمسك المؤجر بهذا النص المانع رغم ثبوت إنتفاء الضرر يجعله متعسفا فى إستعمال حقه فى طلب الفسخ[٢].

---

(١) الدكتور / محمد المنحى - الرخص التشريعية للمستأجر - الطبعة الأولى ١٩٨٨ ، ص ٨٨.

(٢) نقض مدنى فى ١٩٨١/٤/١٨ ، مجموعة أحكام النقض ، السنة ٣٢.
ونقض مدنى فى ١٩٨٠/٥/١٧ ، مجموعة أحكام النقض ، السنة ٣١.

القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر :

تناولت هذه الرخصة المادة ٢٣ منه التي نصت على أنه" فى جميع الأحوال التي يتم فيها تغيير استعمال العين المؤجرة ، بعد تاريخ العمل بهذا القانون ، وبموافقة المالك ، إلى غير أغراض السكنى ، تزاد الأجرة القانونية بنسبة ٢٠٠٪ للمبانى المنشأة قبل أول يناير سنة ١٩٤٤ ، ١٠٠٪ للمبانى المنشأة منذ أول يناير سنة ١٩٤٤ وقبل ٥ نوفمبر سنة ١٩٦٤ ، ٧٥٪ للمبانى المنشأة منذ ٥ نوفمبر سنة ١٩٦١ ، وحتى تاريخ العمل بهذا القانون ، ٥٠٪ للمبانى التي يرخص فى إقامتها إعتباراً من تاريخ العمل بهذ القانون". ونصت المادة ٣١ على أنه " فى غير الأماكن المؤجرة مفروشة لايجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان ، ولو إنتهت المدة المتفق عليها فى العقد ، إلا لأحد الأسباب الآتية :

إذا استعمل المستأجر المكان المؤجر أو سمح باستعماله، بطريقة تخالف شروط الإيجار المعقولة والمتعارف عليها وتضر بمصلحة المؤجر ، أو استعمله فى غير الأغراض المؤجر من أجلها ،

وذلك بعد إعذاره بإعادة الحالة إلى ماكنت عليه " [١].

وتقول المذكرة الإيضاحية للقانون المشار إليه بصدد المادة ٢٣ سالفة الذكر إن هذه المادة " قد إنطوت على حكم مستحدث مؤداه زيادة الأجرة بنسبة ١٠٠٪ إذا استعملت العين فى غير أغراض السكنى ، وذلك على أساس أن الأحكام التي تتضمنها قوانين الايجار تأخذ فى حسبانها الاستعمال الغالب الأعم للأماكن وهو السكنى ، ولا يستساغ أن تسرى هذه الأحكام ، وبالذات ما يتعلق منها بتحديد الأجرة على الأماكن التي تستعمل فى غير هذا الغرض . وبالذات فى الأغراض التجارية والمهنية التي تدر عائداً مجزياً فيصبح من العدالة زيادة الأجرة تعويضا للملاك عما يحيط بالاستعمال غير السكنى من إعتبارات وظروف تعجل باستهلاك المبنى " .

ويبين من نص المادة ٢٣ سالف الذكر أنه لايرخص للمستأجر تغيير إستعمال العين المؤجرة إلى غير أغراض السكنى بدون موافقة

---

(١) ألغيت المادة ٢٣ سالفة الذكر بالمادة ١٩ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ المطعون عليها ، كما ألغيت المادة ٣١ بالمادة ١٨ من القانون المشار اليه .

المالك . فإذا لم يوافق المؤجر على التغيير . لا يجوز للمستأجر إجباره عليه مقابل الزيادة المذكورة.

وإذا لم يوافق المؤجر على التغيير . فإن المستأجر يكون قد إستعمل المكان فى غير الغرض المؤجر من أجله ، ويجوز للمؤجر إخلاء المكان إستناداً إلى الفقرة (جـ) من المادة ٣١.

القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فى شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر

نظم القانون المشار إليه رخصة المستأجر فى تغيير استعمال العين المؤجرة إلى غير أغراض السكنى فى المادة ١٩ المطعون بعدم دستوريتها ، التي يجرى نصها على إنه " فى الأحوال التي يتم فيها تغيير إستعمال العين إلى غير أغراض السكنى ، تزاد الأجرة القانونية بنسبة :

١ - ٢٠٠٪ للمبانى المنشأة قبل أول يناير ١٩٤٤.

٢ - ١٠٠٪ للمبانى المنشأة منذ أول يناير ١٩٤٤ وقبل ٥ نوفمبر ١٩٦١.

٣ - ٧٥٪ للمبانى المنشأة منذ ٥ نوفمبر ١٩٦١ وحتى ٩ سبتمبر ١٩٧٧.

٤ - ٥٠٪ للمبانى المنشأة أو التي تنشأ بعد ٩ سبتمبر ١٩٧٧.

وفى حالة التغيير الجزئى للإستعمال يستحق المالك نصف النسب المشار اليها .

ويشترط ألا يترتب على تغيير الاستعمال كليا أو جزئيا إلحاق ضرر بالمبنى أو بشاغليه .

وتلغى المادة ٢٣ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، وذلك اعتباراً من تاريخ العمل بهذا القانون " .

النص سالف الذكر مستحدث ، فلم يكن وارداً بمشروع القانون المقدم من الحكومة ، وإنما أضافته الى المشروع اللجنة المشتركة من لجنة الاسكان والمرافق العامة والتعمير ومكتب لجنة الشئون الدستورية والتشريعية ، حيث كان يجرى على أنه : فى الأحوال التي يتم فيها تغيير إستعمال العين ، تزاد الأجرة القانونية بنسبة ..... "

فأشار أحد أعضاء مجلس الشعب - عند مناقشة هذا النص - إلى أن " المفروض أن يوضح النص أن هذه الزيادة تقرر عندما يتم تغيير العين من مسكن إلى مكتب تجارى أو خلافه ، ولكن النص الحالى يمكن أن ينسحب على الغرض العسكى أيضاً ، كأن يكون هناك مكتب تجارى أو غيره ويريد صاحبه أن يغيره إلى مسكن " وإقتراح هذ العضو أن يكون النص كما يلى :

" فى جميع الأحوال التي يتم فيها تغيير إستعمال العين إلى غير أغراض السكنى الأجرة القانونية بنسبة ...... " وقد وافق المجلس على هذا الاقتراح وصدر النص بالصيغة المشار إليها .

ولم يشترط هذا النص موافقة المالك على هذا التغيير ، فأصبح جائزاً للمستأجر تغيير استعمال العين إلى غير غرض السكنى بدون موافقة أو إذن المالك ، بل رغم إعتراضه . وذلك واضح من مقارنة صياغة عبارة نص المادة ٢٣ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ المشار إليه ، الذى كان يشترط صراحة موافقة المالك على التغيير ، بعبارات نص المادة ١٩ سالف الذكر ، الذى أسقط عبارة " وبموافقة المالك " الواردة فى نص المادة ٢٣ الملغى ، وأكد ذلك تقرير اللجنة

المشركة الذى جاء به " ... وقد روعى فى هذا النص (نص المادة ١٩) تحقيق صالح المستأجر ، وفى نفس الوقت رعاية المالك ، عن طريق الزيادة فى الأجرة وتصحيحا للأوضاع فيما يخص الأماكن التي تغير استعمالها قبل العمل بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، وتوحيد المعاملة للأماكن المؤجرة عموماً سواء قبل أو بعد صدور القانون المشار إليه ، وذلك دون حاجة إلى موافقة المالك ، وبشرط ألا يترتب على التغيير إلحاق ضرر بالمبنى أو بشاغليه ، كما أكده أحد أعضاء مجلس الشعب بقوله " واضح أن تغيير إستعمال العين يتم دون موافقة المالك ، فالمشرع يقصد أنه للمستأجر أن يغير الاستعمال دون إذن من المالك " .

المبحث الأول

دور التشريع الإستثنائى فى تحقيق التوازن العقدى بين المستأجر والمؤجر فى استعمال العين المؤجرة

تمهيد

لما كان تنظيم الحقوق داخل المجتمع يجب أن يتم فى إطار الشرعية الدستورية والقانونية أى فى إطار قواعد الدستور والقوانين التي تنظم هذه الحقوق ، وكانت العلائق الإيجارية هى أهم صور وظائف الملكية الخاصة . فحق الإنتفاع والإستعمال والاستغلال والتصرف من سلطة المالك فقط ، وللمالك أن يفوض عنه من يستغل هذه الملكية بضوابط معينة كفلها الدستور والقانون . لكن هذه الملكية إن كانت جزاء عمل المالك ونتاج وثمرة كفاحه . إلا أن المجتمع المكون من الأغيار لهذا المالك قد ساهم ونمى هذه الملكية . ومن هنا فالمجتمع ممثلاً فى المشرع الوضعى له أن يتدخل لإقامة هذا التوازن فى مجال تنظم الحقوق التي ترتبها هذه العقود . وعلى المشرع أن يتسم فى هذا التنظيم بمبدأ التضامن الإجتماعى وحماية

وصيانة الملكية الخاصة من تعرض الأغيار لها . ومن ثم فإن الدراسة فى هذا المبحث تنقسم إلى مطلبين .

يتناول المطلب الأول : تنظيم العلائق الإيجارية بين المستأجر والمؤجر فى ظل القوانين الاستثنائية .

ويتناول المطلب الثانى : توازن العلائق الإيجارية بين حقوق المستأجر والمؤجر فى ظل التشريعات الاستثنائية .

المطلب الأول

تنظيم العلائق الإيجارية بين المستأجر والمؤجر

فى ظل القوانين الإستثنائية لإيجار الأماكن

أول : الطابع الخاص للتشريعات الاستثنائية [١] :

ليست هذه الدراسة مجالاً لعرض هذه التشريعات الخاصة فى قوانين إيجار الأماكن . ولكن ماذا يقصد بالصفة الخاصة لهذه التشريعات[٢] ؟

أنه نظراً لكون التشريع خاص فإنه يطبق على أماكن محددة بذاتها ، وينطبق أيضاً فى حيز من الزمان فقط . وإذا تعارض نص فى التشريع الخاص مع قاعدة عامة ، فإن النص الخاص يقيد العام فى التطبيق . غير أنه إذا كانت القاعدة فى القانون العام أكثر

---

(١) أنظر د/ نعمان جمعه ، الحق فى الإجارة كأحد العناصر المكونة للمحل ، مجلة لقانون والاقتصاد ، السنة ٣٨ عدد مارس ويونيه ١٩٧٨ ص ١٥-١٦.

(٢) أنظر د / سليمان مرقص ، شرح قانون إيجار الأماكن ، جـ ١ عام ١٩٨٢ ص ١٣-١٤ ، عرض التشريعات الإستثنائية .

خصوصية من قاعدة القانون الخاص ، فإن الأخيرة لا تقيده[١]. وكل ذلك يؤكد على أن القوانين الخاصة بإيجار الأماكن ليست قوانين استثنائية . بل هي قوانين خاصة [٢]. وفي تنظيم المشرع للعلائق الإيجارية بين المستأجر والمؤجر خرج على بعض القواعد العامة لعقد الإيجار الواردة في القواعد العامة . وهذا الخروج تمثل في : الحد من حرية المؤجر في تحديد الأجرة . تحديد أسباب الإخلاء على سبيل الحصر . فرض التزامات خاصة على عاتق المؤجر والمستأجر معاً .

وقد أعتبرت هذه القوانين الخاصة منذ صدورها قوانين استثنائية مؤقتة . لا يجوز التوسع في تفسيرها ولا القياس عليها . بل يجب تطبيقها في أضيق الحدود . وفي نطاق الأغراض التي وضعت لها . غير أنه نظراً لتطبيق هذه القوانين قرابة أكثر من نصف قرن من الزمان ولإستمرر الظروف التي اقتضت إصدرها ولعدم احتمال زوالها قبل أمد بعيد ، فقد تشكك البعض في الصفة المؤقتة لهذه

---

(١) أنظر نقض مدني ١٩٩٨/٣/٦ ، المجلة الفصلية لنادي القضاة ، العدد الزول ، والثاني ، تغليب تطبيقها ، المادة ٢/٥٩٤ مدني رغم كونها واردة في القواعد العامة في القانون المدنتي على قواعد قانون إيجار الأماكن .

(٢) أنظر د/ نعمان جمعه ، السابق ، ص ١٧.

القوانين ، فالمؤقت طال بقاؤه حتى صار لا يصدق عليه وصفه بالتوقيت .

ونظراً للأزمة الطاحنة التي تشهدها البلاد فى هذه الآونة الحالية حتى مطلع الألفية الثالثة ، فإن المشرع الاستثنائى لازال يتدخل فى العلائق الإيجارية حتى يحدث نوع من التقارب بين المراكز العقدية للمستأجر والمؤجر . ولكن دون جدوى.

فلم يبق من هذه التشريعات مطبقاً حتى الآن سوى القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، ١٣٦ لسنة ١٩٨١ ، وهذا يدل دلالة واضحة على تقلص دور المشرع فى التشريع الإستثنائى .

ثانيا تعلق التشريع الاستثنائى بالإيجار بالنظام العام :

نظراً لأن المشرع الوضعى أضطر إلى التدخل فى العلائق الإيجارية بين المستأجر والملاك . وذلك إمعاناً منه فى الدور التشريعى المنوط به فى الدستور ، من كفالة الدولة لحقوق والتزامات المواطنين (١)، فالمقومات الاجتماعية تحرص الدولة على

---

(١) أنظر الباب لثانى من الدستور الدائم الصادر فى ١٩٧١ بجمهورية مصر العربية ، المواد من ٧ - ١٢.

الحفاظ عليها ، وذلك من منطلق مبدأ المساواة الذى كفلته الدساتير المصرية جميعها .والذى تطبقه على المواطنين كافة ، باعتباره أساس العدل والحرية والسلام الإجتماعي . وقد تدخل المشرع فى تنظيم هذه العلائق لحل أزمة الإسكان التي لازالت شبح الحياة فى وجه كل باحث عن المسكن ، ومنع تفاقمهما ، وذلك للاعتبارات الاقتصادية والاجتماعية [١]، التى نعيشها البلاد حاليًا . وكان هذا الدور التشريعى من المشرع يمنع تحكم الملاك فى تحديد أجرة المساكن [٢]، وتقييد أسباب الإخلاء فى حدود معينة . وفرض التزامات عديدة متقابلة على عاتق المتسأجر والمؤجر معا كل ذلك يستهدف إقامة نوع من العدالة الاجتماعية بين طبقات الشعب ، وحيث أن العدالة الاجتماعية وأن تعددت صورها ، وكان مضمونها قد يتبدل بتغيير الزمان والمكان ، على ضوء القيم التي إرتضتها الجماعة لمفهوم الحق والعدل فى بيئة بذاتها ، وخلال زمن معين .

---

(١) أنظر الإحصاء التشريعى للملاك فى عام ١٩٨٩ ، نسبة الملاك ٤٠٪ والمستأجر ٦٠٪ ، منشور فى مجلة القتصاد والتشريع ، العدد الأول عام ١٨٩ ص ١٠٩.

(٢) أنظر القانون ٤ لسنة ١٩٩٦ الذى أفصح عن عدول المشرع عن الدور الفعال فى نطاق القوانين الاستثنائية ، وإن كان هذا القانون أدى إلي دور سلبى فى خفض قيمة العقارات وعدم الإقبال علي التملك ، والإتجاه نحو التأجير والاحتفاظ برأس المال فى مصارف الدولة .

ومن أجل ذلك كان لابد من اعتبار أحكام هذه التشريعات الخاصة أحكام آمرة متعلقة بالنظام العام . وهناك استقرار تشريعىّ وقضائى أيضا فى إعتبار هذه القواعد آمرة متعلقة بالنظام العام . فالمشرع ابتداء من القانون ١٢١ لسنة ١٩٤٧ نص فى المادة ٦ منه " يقع باطلا كل شرط مخالف للأحكام المتقدمة ... " وأشارت محكمة النقض المصرية أيضا فى أحد أحكامها " ... أنه إذا كانت هذه التشريعات الخاصة قد أصدرها المشرع لحل أزمة السكن ومنع تفاقمها وما كان يؤدى إليه من مشاكل إقتصادية وإجتماعية . من ثم لابد من اعتبارها قواعد آمرة متعلقة بالنظام العام "(١).

وبالتالى طالما أن قواعد التشريع الاستثنائى فى مجال إيجار الأماكن قواعد آمرة متعلقة بالنظام العام على النحو الذى سلف . فإنه يترتب على ذلك نتيجة مؤداها عدم جواز الإتفاق على مخالفة هذه القواعد (٢).

---

(١) أنظر نقض مصرى ١٩٩٥/٣/١٦ ، الطعن ٩٧٢ ، مجلة نادى القضاة المصرى والعدد الثانى ١٩٩٥ ص ١١٨.

(٢) أنظر د / سمير تناغو ، عقد الإيجار عام ١٩٨٠ ص ٢٢١.

المطلب الثانى

توازن العلائق الإيجارية

فى ظل التشريع الاستثنائى لقوانين إيجار الأماكن

لا مجال للحديث عن مدة العقد فى ظل التشريع الخاص بإيجار الأماكن ، وذلك لأن قاعدة الإمتداد القانونى قد أفرغت محتواها . وخاصة بعد صدور العديد من الأحكام الدستورية والتى تخلص مبادئها ، فى عدم امتداد العقد فى حالة الوفاة أو الترك للمستأجر إلا للأولاد والوالدين والزوج فقط .

ولكن بإمعان النظر فى هذه التشريعات نجد أن المشرع يقيم نوع من العدالة الاجتماعية والتوازن العقدى بين طبقتى الملاك والمستأجرين ، وذلك فى المسائل الآتية :

- تحديد الأجرة .
- إنهاء العلاقة الإيجارية .
- التنازل عن عقد الإيجار .

وسوف نعرض فيما يلى لهذا التوازن للوقوف على مدى تحقيق

مبدأ التضامن والعدالة الإجتماعية التي نادى بها دستور جمهورية مصر العربية الدائم الصادر فى عام ١٩٧١.

أولا : التوازن فى تحديد الأجرة :

لقد راعى المشرع البعد الاجتماعى وصون الملكية الخاصة فيما يتعلق بتحديد الأجرة للأماكن المؤجرة فى ظل القوانين الاستثنائية . ولعل أبلغ صور صيانة حق الملكية الخاصة أنه لم يطلق العنان للمستأجر للإنتفاع بالملك دون ضوابط ، كما لم يترك العنان أيضاً للمالك فى استغلال ملكه دون ضوابط أيضا . فوضع الأسس التالية لإقامة هذ التوازن .

١ - أسس تحديد الأجرة :

لما كان المشرع يتدخل لوضع ضوابط وقيود على حق الملكية مراعاة لمبدأ التضامن والعدالة الاجتماعية ، فإنه حتى يقيم هذا التوازن بين المستأجر والمالك فجاء فى نص المادة ١٤ من قانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ وضع الأسس التالية لتحديد الأجرة . وجاء النص " تقدر أجرة الأماكن المرخص فى إقامتها من تاريخ العمل بهذا القانون

على الأسس التالية :

أ - صافى عائد الاستثمار للعقار بواقع ٧٪ من قيمة الأرض والمبانى .

ب - مقابل استهلاك رأس المال ومصروفات الإصلاح والصيانة والإدارة ٣ ٪ من قيمة المبانى .

ثم تابع النص فى المادة ١٥ " ... وصدر قرار من وزير الإسكان بتحديد الضوابط والمعايير التي تتبع فى تقدير قيمة الأرض والمبانى بما يكفل تقدير قيمتها الفعلية ويتضمن القرار كيفية تحديد الأجرة الإجمالية للمبنى وتوزيعها على وحداته وصفاتها والإنتفاع بها ومستوى البناء " .

وهذا يفصح فى ذاته عن العدالة الإجتماعية لإستثمار الملكية الخاصة · وفى المقابل لذلك توقى عسف الملاك نحو المستأجرين وهم الطبقة العظمى من الشعب .

٢ - إعادة تقدير قيمة الأرض عند تحديد الأجرة :

واجه المشرع حالة تعلية البناء عما كان عليه قبل البناء . فجاء

نص المادة ١٦ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ " يعاد تقدير قيمة الأرض عند تحديد الأجرة فى حالة تعلية البناء ، وذلك إذا تمت التعلية بعد سنتين على الأقل من تاريخ إنشاء المبانى الأصلية أو فى حالة ما إذا طرأ على العقار ما يستوجب تطبيق أحكام القوانين الخاصة فى شأن مقابل التحسين . وفى هذه الحالة تكون إعادة تقدير قيمة الأرض بقصد تحديد أجرة المبانى المستجدة فقط " .

٣ - لجان تحديد الأجرة والطعن عليها :

واجه المشرع أيضا مصلحة المستأجر فى الحصول على مسكن ذو عائد مناسب وتتفق أجرته مع أصول وقواعد التشريع ، وفى المقابل لذلك حرص المشرع على مصلحة المالك الذى له الإستفادة من ملكه واستغلاله وإستعماله ، بأن عهد إلى لجان فنية هندسية لتقدير الأجرة ، وكان هذا ما ورد فى المادة ١٧ ، ١٨ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، ثم وضع ضابط أيضا لعدم تعسف هذه اللجان فى عملها . فأخضعها لرقابة القضاء المتمثلة فى الطعن أمام المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار .

٤ - استحداث أحكام جديدة فى ظل القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١:

لما كانت العدالة الإجتماعية بتغير مفهومها من زمان إلى آخر، فبعد مضى أربع سنوات على القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، ساير المشرع هذه المفاهيم ، وجعل تحديد الأجرة إتفاقاً بين المالك والمستأجر . وكان ذلك فى نص المادة ٤ ، ٥ من أحكام القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ ، ثم جعل لأى منهما حق اللجوء إلى لجنة تقدير الأجرة فى خلال ٩٠ يوماً اللجوء إلى اللجنة سالفة الذكر . ثم إلى المحكمة الإبتدائية بعد ذلك حتى يسود استقرار فى المراكز العقدية. ثم كان المشرع أكثر عدالة فى إقامة التوازن فى المراكز العقدية بين المستأجر والمالك ، فجاء نص المادة ٩ من ذات القانون وأوجب تقدير قيمة المبانى وفقاً للتكلفة الفعلية وقت البناء ، وذلك فى ضوء الضوابط والمعايير والدراسات والتقارير التي تعدها اللجان المنصوص عليها فى المادتين ٣ ، ٤ من أحكام القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١.

ثانياً: فى مجال إنهاء العلائق الإيجارية :

لقد أبرز المشرع صور واضحة للتوازن العقدى فى مجال العلائق الإيجارية ، فتناول المشرع فى الباب الأول من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ تحت عنوان – فى شأن تحقيق التوازن فى العلاقات الإيجارية . وحصر حالات الإخلاء على سبيل الحصر هى :

الإخلاء للهدم الكلى أو الجزئى للمنشآت الآيلة للسقوط – الإمتناع عن الوفاء بالأجرة – التنازل عن العين المؤجرة بغير إذن المؤجر – الإستعمال الضار للمكان المؤجر .

ولعل هذا التعداد الحصرى لخير دليل على أن المشرع الاستثنائى يراعى التوازن فى العلاقات العقدية ، فرغم أنه يقيد المالك فى استخدام سلطاته على ملكه ، إلا أنه يعطى له ضمانات تشريعية تقابل الحماية التي عنى بها المستأجر فى هذا المجال وتبرز معاً صور هذا التوازن (١).

---

(١) أنظر الدعوى رقم ٨١ لسنة ١٩ ق دستورية عليا فى ١٩٩٩/٢/٦ والذى قضى بعدم دستورية الفقرة الأخيرة من المادة ١٨/د من قانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فيما يتعلق بالتنفيذ فى مواجهة المستأجر عند الحصول على حكم فى دعوى مستعجلة .

١ - فى مجال إنهاء العقد لعدم سداد الأجرة .

رغم أن المشرع حابى المستأجر فى هذا الصدد بإعطاءه مهلة لسداد الأجرة المطالب بها قبل رفع الدعوى بالإخلاء ، ثم خوله أيضاً سداد الأجرة حتى أمام المحكمة الاستئنافية ، إلا أن المشرع واجه هذا العنت الذى قد يبدو من المستأجر تجاه المالك المؤجرة بالإخلاء الوجوبى فى حالة تكرار تخلفه عن الوفاء مرة ثانية [١].

٢ - فى مجال الإخلاء للإستعمل الضار :

واجه المشرع هذا السبب بالحد من العنت فى استعمال العين المؤجرة محافظة على الثروة العقارية وصيانتها من التلف ، وهذا دليل واضح أيضا على تدخل المشرع الاستثنائى لحماية وصيانة الملكية الخاصة . ولكن المشرع وضع ضوابط لكفالة هذه المساواة بين المستأجر والمؤجر .

وتخلص هذه الضوابط فى ثبوت الاستعمال الضار بحكم

---

(١) أنظر المستشار / عبدالحميد عمران ، أسباب الإخلاء فى قانون إيجار الأماكن ، طبعة نادى القضاة عام ١٩٨٢ ، ص ١١٩ - والمستشار محمد عزمى البكرى ، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع ، جـ ٢ عام ١٩٨٢ ، ص ٣١٠.

قضائى ، وإن كان هذا المعيار يكشف النقاب عن دور المشرع فى إقامة نوع من التوازن العقدى فى هذا الصدد .

المبحث الثانى

الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية

ومدى احقية القضاء بعدم دستورية نص المادة ١/١٩

من احكام ١٣٦ لسنة ١٩٨١

تمهيد :

إن للمشرع دور فعال فى تحقيق مبدأ التضامن الإجتماعى والعدالة الإجتماعية بين أفراد المجتمع ، ولن يتحقق هذا الدور الفعال إلا من خلال تحقيق الملكية لوظيفتها الاجتماعية . فالفرد وإن كان يملك رأس المال ، فلا شك أن غيره من أفراد المجتمع قد ساهم معه ودعمه فى نماء هذا المال ، ولابد أن يشاركه فى هذا الربح. فالمشرع وإن شجع الملكية الخاصة ومنع الأغيار من التعرض لها . وضع العديد من المبادئ الدستورية والقانونية لحماية هذا الحق.

فبالمقابلة لذلك يضع قيوداً للصالح العام والخاص أيضاً عند مباشرة المالك لسلطاته على ملكه . ومن ثم حتى يتحقق اتفاق

الحماية الدستورية للملكية الخاصة مع ما فرضه المشرع الوضعى من قيود على إستعمال هذه الملكية وتنظيمها ، لابد لنا من إبراز هذه الوظيفة الإجتماعية للملكية ، ثم الوقوف على مدى اتساق حكم المحكمة الدستورية محل التعليق بعدم دستورية نص المادة ١/١٩ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ مع هذه الوظيفة الإجتماعية للملكية .

ونعقب فى ختام ذلك برأينا الخاص فى هذا الموضوع ، ومن ثم فإن خطة الدراسة فى هذا المطلب تأتى على النحو التالى :

المطلب الأول

الوظيفة الإجتماعية لحق الملكية [1]

الملكية لها وظيفة إجتماعية

إن الملكية الخاصة تشكل قاعدة أساسية وضمانة لأفراد المجتمع . وتولى المشرع إضفاء الشرعية الدستورية والقانونية عليها من خلال نصوص الدستور المصرى الدائم الصادر فى ١٩٧١ ونصوص القانون المدنى . فجاء نص المادة ٣٢ من الدستور " أن الملكية الخاصة تتمثل فى رأس المال غير المستغل وينظم القانون آداء وظيفتها الاجتماعية فى خدمة الاقتصاد القومي وفى اطار خطة التنمية ....الخ النص " . كما جاء نص المادة ٣٤ منه " أن الملكية الخاصة مصونة ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا فى الأحوال المبينة فى القانون وبحكم قضائى ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض ... الخ النص " .

ثم أستطرد المشرع الوضعى فى المادة ٨٠٥ من التقنين

(١) أنظر د/ عصام أحمد ، حق التملك فى القانون المصرى ، مجلة نادى القضاة ، العدد الأول ، السنة ٢٥ عام ١٩٩٢ ، ص ١١٠ .

المدنى الجديد " أن لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه إلا في الأحوال التى يقررها القانون وبالطريقة التي يرسمها ويكون ذلك فى مقابل تعويض عادل ، ثم جاء نص المادة الأولى من القانون ١٠ لسنة ١٩٩٠ فى شأن نزع الملكية للعقارات للمنفعة العامة " أن يجرى نزع الملكية للعقارات اللازمة للمنفعة العامة والتعويض عنها لأحكام القانون . أى أن مصدر التعويض عنها هو نص القانون مباشرة وليس الفعل غير المشروع [١].

وبإمعان النظر نحو هذا التنظيم القانونى لحماية الملكية الخاصة ، يتضح أن المشرع لم يحصل على هذا الحق مطلقاً لا حدود له بل له وظيفة اجتماعية ، يطلب من المالك القيام بها ، ويحميه القانون عند ممارستها فى حدود الشرعية [٢].

ويؤكد الفقه [٣]على هذه الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية بقوله " أنه يجب ألا نذهب إلى حد القول أن الملكية أصبحت الآن

---

(١) أنظر د / السنهورى ، السويط جـ٨ طبعة نادى القضاة عام ١٩٩١ ص ٦٨٧.

(٢) أنظر الأعمال التحضيرية ، جـ ٦ ، ص ١٨-١٩.

(٣) أنظر د / منصور مصطفى منصور ، الحقوق العينية الأصلية ، ١٩٧٣ ص ١٤ - ١٥ ، فقرة ٦ .

وظيفة اجتماعية ، فهذا التعبير إن جاز فى لغة السياسين والإجتماعيين ، فإنه يحسن تجنبه فى لغة القانون . وذلك لأن وصف الملكية بأنها وظيفة فيه إنكار لفكرة الحق ذاتها ".

والملكية الخاصة أكد عليها الدستور المصرى - كما سبق القول - فى إسهامها فى صون الأمن الإجتماعى . كما كفلها لكل فرد ، ولايجوز المساس بها إلا على سبيل الإستثناء ، وفى الحدود التي يقتضيها تنظيمها باعتبارها عائدة فى غالب الأحوال . إلى جهد صاحبها الذى بذل من أجلها الوقت والعرق والمال . وحرص بالعمل المتواصل علي إنمائها وأحاطها الدستور بم قدره ضرورياً لصونها ، معبداً بها وكافلاً من خلالها للتنمية الإقتصادية والإجتماعية أهم أدواتها ، مهيمناً عليها ليختص صاحبها دون غيره بثمارها ومنتجاتها وملحقاتها فلا يرده عنها معتد بل يقيها الدستور والقانون تعرض الأغيار لها ، سواء بنقضها أو بنتقاصها من أطرافها ، بما يعينها على أداء دورها (١).

---

(١) أنظر الحكم الصادر فى الدعوى ٧٢ لسنة ٢٠ ق دستورية عليا فى ١٩٩٩/١١/٦ ، منشور فى الجريدة الرسمية ، والعدد ٤٦ فى ١٩٩٩/١١/١٨.

والملكية الخاصة لها جانبان :

جانب ذو طابع فردى .   والآخر ذو طابع اجتماعى

١ - الجانب الفردى فى الملكية الخاصة :

ذهب البعض[١] إلي القول بأن الملكية الذاتية هى التي يقوم عليها استقلال الإنسان وحريته ، فمن لا يملك شيئا لنفسه يكون تابعا تبعية تامة للآخرين ، ويصبح مستعبداً للدولة إذا كانت هى التي تملك كل شئ ، أو مستعبداً لمن يملكون إذا كان هؤلاء هم الذين يستحوذون علي الثروة . فمن الضرورى إذن أن يستطيع كل فرد الحصول على مال يكون له وحده . ويقرر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر فى عام ١٩٨٤ حرمة الملكية الذاتية أو الفردية[٢]. وبذلك تعتبر الملكية الفردية أو الذاتية هى الكفيل فى ميدان النشاط الإقتصادى بأجود ما يكون من الإنتاج . ولا يهب الإنسان نشاطه كاملاً للعمل إلا ليكفل لنفسه ، وليكفل بالأخص لأولاده من بعده

(١) أنظر : مازو ، الإتجاهات العامة فى القانون الخاص ١٩٨٦ ، فقرة ١٠٨٤ ، ص ٢٠٦.

(٢) أنظر المادة ١٧ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان فى عام ١٩٨٤ والتي جاء نصها " كل شخص سواء كان فى وحدة أو بين الجماعة له الحق فى أن يتملك ، ول يجوز حرمان أحد من ملكه تحكماً أو تعسفاً .

قدراً من الثروة يكون من شأنه الإرتفاع بمستوى معيشتهم . وعلل البعض ذلك [١]، بأن الملكية الفردية هى ثمرة العمل وجزاؤه الحق ، فإذا كان الإنسان يستأثر بما يملكه ويحوزه لمصلحته الخاصة وللوفاء بحاجاته الشخصية ، فما ذلك إلا لأنه فى الأصل قد بذل جهداً فى العمل . وكانت الملكية هى ثمرة هذه الجهود ، والأجر على هذا هو العمل ، ومتى ثبتت الملكية لصاحبها وجب أن تثبت له بجميع عناصرها المعروفة . فالمالك له أن يتصرف فى الشئ حال حياته ، وينتقل الشئ إلى الورثة بعد الوفاة ، وإذا كان يبدو أن الوارث لم يبذل جهداً فى تملكه للشئ المورث ، فإن الميراث ينظر إليه لا على أنه جزاء للوارث ، بل هو جزاء للمورث . والملكية الفردية على النحو السالف ذكره ليست جزاء العمل فقط . ولكن هى أقوى حافز عليه وخير ضمان للإستغلال الشخصى ، فإما كونها حافزاً على العمل ، فالإنسان فطر على حب الذات ، مما يجعله أقوى ما يكون نشاطاً وإقبالا على العمل عندما يعلم أن لعلمه جزاء يختص به لنفسه ولايزاحمه فيه غيره بالشراكة فيه ، فالشرط الفردى من

---

(١) أنظر د / السنهورى ، السابق ، ص ٦٨٨ فقرة ٣٣٦.

الأسس القوية التي يقوم عليها المجتمع ولابد له من حافز . وهذا الحافز هو المصلحة المادية المتمثلة فى الملكية الفردية ثم أن الملكية الفردية خير ضمان للإستغلال الشخصى . فمن لا يملك شيئا يفقد استقلاله ويكون عبداً لمن يملك . والدولة لا تلغى الملكية الفردية وتصبح هى المالك . ولكنها تشجع على هذه الملكية وتجعلها فى متناول من يعمل . فالملكية نتاج العمل وثمرته .

وإذا كانت الملكية الفردية أكثر الحقوق الذاتية عناصر وأشملها خصائص ، فإنها لا تقتصر على هذا القدر من العلو والعمق ، بل تتناول مع الشئ المملوك كل ما يغله هذا الشئ من ثمار ومنتجات [١].

ويحمى المشرع الملكية الفردية حماية شاملة ويمنع الأغيار من المساس بها ، وأوجب عدم جواز نزع هذه الملكية إلا بشروط [٢]، ويؤكد الدستور فى المادة ٣٦ منه عدم جواز مصادرة الأموال الخاصة

---

(١) أنظر د/ محمد على عمران ، الحقوق العينية الأصلية عام ١٩٩٠ ص ١١٨ ، محمد لبيب شنب ، الحقوق العينية الأصلية عام ١٩٧٤ ص ٢١٠ ، محمود جمال الدين زكى ، الحقوق العينية عام ١٩٧٨ ص ١١٠ فقرة ١٦٢.

(٢) أنظر المادة ٨٠٥ مدنى مصرى ، والمادة الأولى من القانون ١٠ لسنة ١٩٩٠ في شأن نزع الملكية العقارية للمنفعة العامة .

إلا بحكم قضائي [١]. وقضت محكمة النقض [٢] في أحد إحكامها " بأن الملكية الفردية الخاصة مصونة بحكم الدساتير المتعاقبة، فلا تنزع إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل وفقا للقانون " .

٢ - الجانب الإجتماعي في الملكية الخاصة :

ذهب أستاذنا المرحوم / محمد علي عرفه[٣] إلى القول " أن الملكية ليست حقا بل هي وظيفة إجتماعية وعلى المالك أن يقوم بهذه الوظيفة ، وإلا فإن القانون لا يحميه . وتشتمل الوظيفة الاجتماعية للملكية على عنصرين :

الأول : هو ما على المالك من واجب وما له من سلطة في إستعمال ملكه للوفاء بحاجاته الخاصة ، فيوسع من نشاطه المادي والمعنوي .

والثاني : هو ما على المالك من واجب وما له من سلطة في

---

(١) أنظر الدعوى رقم ٣ لسنة ٨ ق دستورية عليا في ١٩٧٨/٣/٤ .

(٢) أنظر نقض مدني مصري ١٩٩٢/٥/٦ ، مجموعة أحكام النقض في ثلاثون عاما في المواد المدنية ، طبعة نادي القضاة ، المستشار / خيري أبو الليل ، ص ١٠١٨

(٣) أنظر د/ محمد علي عرفه ، حق الملكية ، عام ١٩٧٣ ، ص ١٢.

استعمال ملكه للوفاء بحاجات المجتمع ، فيساهم فى تقدم الجماعة ، فإنه إذا كان حق الملكية يجب أن يكون ذاتياً ، فإن استعماله يجب أن يكون إجتماعياً ، أى أن المالك فى إستعماله لملكه يحب أن يأن مصالح الغير ، ويستطيع المشرع أن يرغمه على ذلك إذا تناسى .

وهذا هو الذى يبرر فرض القيود التي تحد من إطلاق حق الملكية ، ويبرر بالتالى فرض ضريبة على رأس المال ، فالضريبة هى نصيب الجماعة التي يعود إليها . وتمثل بالتالى المساهمة الإجبارية فى الأعمال التي تدخل فى إطار الصالح العام (١) .

وذهب البعض (٢)إلى أن هذه الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية متمثلة فى الجانب الإجتماعي لها ، يمكن أن تتأسس على اعتبارين:

الاعتبار الأول : مبدأ التضامن الاجتماعى :

لقد أكد المشرع في الدستور على هذا المبدأ لفرض المساواة

---

(١) أنظر كاربونييه ، ص ٨٧ : حيث أشر العميد ديجى ، الى نظرية الملكية كوظيفة اجتماعية فى وضعها الحديث .

(٢) أنظر د/ السنهورى ، السابق ، ص ٦٩٠ ، فقرة ٢٢٨ .

بين المواطنين فى جميع المراكز القانونية فجاء نص المادة ٤ منه " الأساس الاقتصادى لجمهورية مصر العربية هو النظام الاشتراكى الديمقراطى ، القائم على الكفاية والعدل ، ويؤدى الى اذابة الفوارق بين الطبقات والدخول ويكفل عدالة توزيع الأعباء والتكاليف العامة" . ثم جاء نص المادة ٧ منه أيضا " يقوم المجتمع على التضامن الاجتماعى " . ومقتضى ذلك أن هذا المبدأ يوجب التعاون فى المجتمع . والملكية من أهم الدعائم التي يقوم عليها هذا التعاون . فالمالك يجب أن يعتبر نفسه كما هو الواقع عضوا فى الجماعة التي يعيش فيها . يأخذ منها ويعطيها .

الاعتبار الثانى : مساهمة المجتمع فى رأس المال :

إذا كان المال قد كسب ملكه بعمله فإنه مدين لهذا المجتمع بما كسب ، فالعمل وحده لا يخلق رأس المال . ولكن بلاشك مساهمة المجتمع مع جهود المالك ، بتوفير العمالة التي تساعده فى تنمية رأس المال . وتوفير المناخ اللازم للإستثمار . والحماية التشريعية لمنع الغير من المساس بهذا المال ، كل هذه المساهمة من المجتمع تبرز الجانب الإجتماعى للملكية الخاصة .

ومما يؤكد بلوغ التضامن الإجتماعى ذروته وتحقيق الجانب الاجتماعى فى الملكية الخاصة هو تدخل المشرع بوضع قيود على ممارسة المالك لملكه ، وهذه القيود ليست للمصلحة العامة فحسب . بل للمصلحة الخاصة أيضا ، وسوف نبرز فيما يلى أهم هذه القيود للصالح العام والخاص على السواء .

قيود الملكية على المصلحة العامة :

لا تتسع هذه الصفحات القليلة في إبراز هذه القيود ، ونكتفى بالإحالة فى شأنها لما ورد فى المراجع العامة لحق الملكية [١]. ولكن يكفينا ونحن بصدد إبراز الجانب الإجتماعى للملكية وتحقيق الوظيفة الاجتماعية بالقيد الوارد فى المادة ٨٠٦ مدنى والتى جاء نصها " على المالك أن يراعى فى استعمال حقه ما تقضى به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة " .

وقد تأيد هذا التشريع بحكم قضائى صادر من محكمة النقض المصرية [٢]، هذا التشريع بحكم قضائى صادر من محكمة النقض

---

(١) أنظر د/ عبدالمنعم البدراوى ، الحقوق العينية الأصلية ١٩٨٩ - محمد على عمران ، الحقوق العينية الأصلية عام ١٩٩٠ ، محمود جمال الدين زكى ، الحقوق العينية الأصلية ، ١٩٧٨ - محمد على عرفه ، حق الملكية عم ١٩٧٣.

(٢) أنظر نقض مدنى ١٩٩٦/٩/١٥ منشور فى مجلة نادى القضاة الفصلية عام ١٩٩٦.

المصرية [١]، " أن حق الملكية ليس حقاً مطلقا وأن المالك فى استعماله إياه يجب أن يعمل فى حدود القوانين واللوائح ، فإذا أخل بأى التزام فرضته عليه تلك القوانين واللوائح ، كان ذلك خطأ يستوجب مسئوليته التقصيرية " .

ونذكر من هذه القيود التي تتعلق بالصالح العام ، حقوق الإرتفاق الإدارية التي يوجبها قانون الطرق سواء كانت الطرق الرئيسية أو الفرعية بضرورة إلزام المالك يترك مسافة ٥٠ متر على الطرق السريعة و ٢٥ متر على الطرق الفرعية فى حالة البناء بجوارها.

وعدم هدم المنشآت الآيلة للسقوط إلا بقرار من الجهة الإدارية ، وكذلك عدم البناء إلا بترخيص ، وعدم فتح محال مقلقة للراحة أو محلات صناعية أو تجارية إلا بترخيص من الجهة المختصة ، وفرض زراعة معينة على المالك مثل زراعة القطن ، وكذلك القيود الخاصة بالآثار وغيرها .

---

(١) أنظر نقض مدنى ١٩٩٢/٦/١٦ ، مجلة نادى القضاة الفصلية عام ١٩٩٣ ، ص ١١٢ هامش ١ .

كل هذا يؤكد أن الملكية الخاصة جانباً إجتماعياً يحقق وظيفة إجتماعية لمصلحة الجماعة ، وذلك بجوار الصفة الفردية أو الذاتية.

قيود الملكية للمصلحة الخاصة

هذه القيود التي ترد على المصلحة الخاصة أبلغ مظهر لتأييد مبدأ العدالة الإجتماعية والتضامن الإجتماعى ، فحيث تتعارض مع غير المالك ، فليس بالضرورى أن نرجح مصلحة المالك ، فبمقتضى الوظيفة الإجتماعية ، يجب الموازنة بين المالك والغير ، فإذا كانت مصلحة المالك أولى بالرعاية فإنها ترجح . وإذا كانت مصلحة الغير أولى بالترجيح والتغليب فإنها تفضل على مصلحة المالك ، وقد وضع المشرع المبدأ العام فى المادة ٨٠٧ ، ٨٠٨ من التقنين المدنى المصرى الجديد .

فالقيد الأول والخاص بالمادة ٨٠٧ مدنى وعلى المالك ألا يغلو فى استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار ...الخ النص".

وتناول القيد الثانى ٨٠٨ وهو خاص بحق الشرب للملاك المجاورين الذين يجب عليهم الإشتراك فى نفقات المسقاة .

كل هذه القيود توازن بين مصلحة المالك والغير ، وترجح بين صاحب المصلحة الأولى .

وقد ذهبت محكمة النقض المصرية [١]" بأن تقدير التعسف والغلو فى استعمال المالك لحقه هو من صميم محكمة الموضوع . كما أن تقدير التعويض الجابر للضرر الناتج عن هذا التعسف أيضاً من إطلاقات محكمة الموضوع ، متى كان القانون لا يلزمها باتباع معايير معينة فى شأنه " .

ولاشك أن هذه المساواة بين الطرفين تندرج تحت مبدأ المساواة الذى نادى به الدستور المصرى الصادر عام ١٩٧١ . فهذا لمبدأ ليس مبدأ جامداً منافياً للضرورة العملية . ولا هو بقاعدة صماء تقيد صور التميز بين الأفراد ، ولا كافلا لتلك الدقة الحسابية التي تقضتيها موازين العدل المطلق بين الأشياء . وإذا جاز للسلطة التشريعية أن تتخذ بنفسها ماتراه ملائماً من التدابير لتنظيم موضوع محدد ، وأن تغاير من خلال هذا التنظيم وفقاً لمقاييس منطقية بين

---

(١) أنظر نقض مدنى ١٩٩٩/٢/١٣ ، مجموعة المكتب الفنى ، محكمة النقض ، الطعن ٥٣٧ ، ص ١٠١٨.

مراكز لاتتحدد معطياتها ، أو تباين فيما بينها فى الأسس التي تقوم عليها ، إلا أن الذى يصون مبدأ المساواة هو ذلك التنظيم الذى يقيم تقسيماً تشريعياً ترتبط به النصوص القانونية بالأغرض المشروعة التي يتوخاها [١].

ولقد عول البعض فى الفقه الفرنسى[١] على معيار الوظيفة الاجتماعية للحق كضابط من ضوابط التعسف فى استعماله ، " فالحقوق ما هى إلا وظائف إجتماعية، ويعد الشخص متعسفاً إذا استعمل حقه بغرض تحقيق أغراض أخرى غير إجتماعية " .

وبغض النظر عن المنفعة الشخصية التي يرمى إلى تحقيقها من وراء استعمال هذا الحق . فالقول بأن الحقوق نسبية معناه أنها ليست ممنوحة للأفراد سوى لأغراض معينة ولمصلحة عامة ، وينشأ التعسف بتحولها عن هذه الأغراض .

فالمجتمع اعترف للفرد بحقوق إلا أنه يجب عليه أن يمارسها بطريقة مخالفة لمصلحة الجماعة التي لا يمكنه أن يعيش بدونها ،

---

(١) أنظر المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى ٧٢ لسنة ٢٠ ق ١٩٩٩/١١/٦ ، منشور فى مجلة هيئة قضايا الدولة ، عدد يناير ومارس ٢٠٠٠ ، العدد الأول .

(٢) أنظر جوسران : دروس فى القانون المدنى ، ص ٤٠٧ ، عام ١٩٨٠.

إذا كان المجتمع قد أعترف لإقراره بحقوق معينة لأنه فى حاجة إليهم . فإنهم ملتزمون مع ذلك باستعمال هذه الحقوق ووفقاً لغرضها الإجتماعى .

ومن خلال هذا المنظور السابق يمكن القول أن الحقوق الخاصة لها وظيفة اجتماعية محددة . ويعتبر متعسفاً فى استعمال هذ الحق، كل من استعمل حقه بغير الغايات الاجتماعية المشروعة . والمشرع بهذه القيود سالفة الذكر يقيم نوع من التوازن فى المراكز القانونية بين الملاك والأغيار ، حيث مازالت ظروف المجتمع المصرى تفرض تداخل المشرع العادى لإقامة هذا التوازن .

المطلب الثانى

مدى أحقية القضاء بعدم دستورية

نص المادة ١/١٩ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١

بادئ ذى بدأ ننوه إلى أن حكم المحكمة الدستورية العليا محل التعليق قد جانبه الصواب فى العديد من النواحى ، نذكرها على النحو التالى :

أولاً : إعتراف المحكمة الدستورية العليا نفسها بدستورية نص المادة ١٩ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١

باستطلاع الأحكام الدستورية الصادرة فى نطاق قوانين إيجار الأماكن ، وقع نظرنا على الحكم الصادر فى الدعوى رقم ٢١ لسنة ٧ ق [١]، والذى يبين من خلال الإطلاع على مدونات هذا القضاء أنه اعترف صراحة بدستورية نص المادة ١٩ من أحكام القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ عدنما قضى بعدم دستورية نص المادة ٢٧ من ذات

(١) أنظر الدعوى رقم ٢١ لسنة ٧ ق الصادر فى ١٩٨٩/٤/٢٩ ، منشور فى مجلة القضاة الفصلية ، عام ١٩٩٢ ، العدد الأول - يناير - يونيه - السنة ٢٥ ، ص ١٧ .

القانون التى كانت تجرى تمييزا بين الأماكن المؤجرة لغير أغراض السكنى والمؤجرة لأغراض السكنى فى خضوعها للزيادة المقررة بالمادة السابعة من أحكام القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ ذلك أن نص المادة ٨/٢٧ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ كنت توجب بأن يعامل فى تطبيق أحكام هذا القانون معاملة المبانى المؤجرة لأغراض السكنى الأماكن المستعملة فى أغراض لا تدخل فى النشاط التجارى والصناعى أو المهنى الخاضع للضريبة على الأرباح التجارية والصناعية ، أو الضريبة على أرباح المهن غير التجارية . وكان نص الفقرة الثانية من ذات النص تقضى ، ألا يفيد من حكم فقرتها الأولى سوى المستأجرين المصريين . وكان من المقرر أن النصوص القانونية التي دل المشرع بعموم عباراتها على إنتفاء تخصيصها . وإنما تحمل على إتساعا لكل ما يندرج تحت مفهومها ، وكانت الأماكن التي حددتها المادة ٣٧ سالفة الذكر ، هى التي لا يباشرها مستأجروها فيها عند العمل بالقانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ نشاطاً تجارياً أو مهنياً . فإن حكمه يكون متفرقا الى ما كان منها مؤجراً ابتداء لغير أغراض السكنى . وكذلك أيضا إلى ماكان منها مسكونا أصلا ، ثم صار عند العمل بهذا القانون أو بعد نفاذه مستعملا فى غير هذا الغرض .

وتطبيقا لذلك قالت المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى ٢١ لسنة ٧ ق ، أن الأماكن التي تشملها الزيادة للأجرة المنصوص عليها فى المادة ١٩ من أحكام القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ ، يجمعها أن مستأجريها أدخلوا عليها تغييراً قلبها إلى أماكن يسكنونها ، وكانت المادة ٢٧ المقضى بعدم الدستورية بها ، تعامل الأماكن التي حددتها ، وهى تلك التي لا تتخذ لمباشرة نشاط تجاري أو صناعى أو مهني يكون خاضعا للضريبة على الأرباح التجارية أو الصناعية أو الضريبة على أرباح المهن غير التجارية ، معاملة الأماكن المؤجرة لأغراض السكنى ، لتسقط عنها الزيادة التي أضافتها المادة ١٩ محل الدراسة .

وكان من المقرر في قضاء هذه المحكمة ، أن صور التمييز التي يعرضها الدستور ، لا تنحصر فيما تعلق منها بالجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة . ولكنها تمتد لكل تقييد أو استبعاد ينال بصورة تحكمية من الحقوق والحريات التي كفلها الدستور ، أو التي حددها المشرع . وكان نص المادة ٢٧ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ قد أفرد للأماكن المؤجرة لغير أغراض السكنى

معاملة استثنائية لا تعتد بما طرأ على استعمالها من تغيير حوله إلى أماكن لا يسكنها مستأجروها ، فقد صار أمراً حتمياً الحاقها بغيره من الأماكن التى تتحدد معها فى خصائصه هذه وأن تنبسط عليها جميعها قاعدة الزيادة فى الأجرة التي أوجبها نص المادة ١٩ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ ، ومن ثم فإن القضاء بعدم الدستورية نص المادة ٢٧ فى الدعوى ٢١ لسنة ٧ يعتبر قولاً فصل بدستورية نص المادة ١٩ وذلك لأن إقتضاء ملاك الأماكن التي حددتها المادة ٢٧ سالفة الذكر تفترض ألا يكون الدستور نابذاً أصل القاعدة التي يرد عليها ، وكان فى مكنة المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى ٢١ لسنة ٧ ق أن تشمل قضاء لها بعدم الدستورية للمادة ١٩ لأنها مرتبطة إرتباطا لايقبل التجزئة بالمادة ٢٧ سالفة لذكر .

ومن ثم ، وكان ماتقدم ، ومنذ عام ١٩٨٩ ثم تأتى المحكمة الدستورية العليا فى شهر مارس ٢٠٠٠ وتقضى بعد حوالى عشر سنوات بعدم دستورية نص المادة ١٩ . فهذا لا يليق بالقضاء الدستورى ، وليس لهذا تفسير إلا أن المحكمة الدستورية العليا تفسر النصوص طبقا لهواها ودون القيد بالضوابط الدستورية الواردة

فى الدستور الدائم الصادر فى عام ١٩٧١.

ثانيا : أن حق المؤجر في إخلاء المستأجر عند تغيير الإستعمال لغير لسكنى قائم متى ثبت الإستعمل الضار دون حاجة إلى عدم دستورية نص المادة ١/١٩ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ .

من المعلوم والمؤكد أن الشريعة العامة فى القانون المدنى والخاصة باستعمال العين المؤجرة هى الواجبة التطبيق ، طالم لم يرد نص يخالف ذلك فى تشريعات إيجار الأماكن ، وهذه القواعد العامة وردت فى المادتين ٥٧٩ ، ٥٨٠ مدنى مصرى . ومقتضى هذه القواعد العامة التزام المستأجر باستعمال العين المؤجرة فى الغرض الذى تم تأجيرها من أجله . ولا يمكن له تغييرها إلا بموافقة المؤجر . وإلا جاز له طلب إعادة العين إلى أصلها ، أو فسخ العقد مع التعويض ، ويتقيد حق المؤجر بما توجبه المادة الخامسة من القانون المدنى ، والتي تعالج معيار التعسف فى استعمال الحق .

ولا يستجاب إلى طلب المؤجر إلا إذا ثبت الإضرار به . وعندما صدر القانون ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ، ثم القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ ، ثم القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فاشترط الأخير إعذار المستأجر بإعادة

الحال إلى ما كانت عليه . ثم صدر القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ . فجاء نص المادتين ١٨/د ، ١٩ مجتمعتين على تنظيم طلب الإخلاء لهذ السبب وقصره على ذلك الإستعمال الذى يترتب عليه الحاق ضرر بالمبنى أو بشاغليه . ويكون هذ الاستعمال الضار ثابتاً بحكم قضائى نهائى . وعلى ذلك يتعين فى مجال تحديد ضوابط الإخلاء لهذا السبب النظر إلي نص المادتين سالفتى الذكر معا . بحيث لو قيل بغير ذلك ، فإنه يمكن القول بأن الضرر الذى يلحق شاغلى المبنى دون المبنى ذاته نتيجة تغيير الإستعمال لا يترتب عليه الإخلاء . وهذا ما لم يقل به أحد مطلقاً ، ولايمكن أن ينصرف إليه الذهن ، وقد استقرت الأحكام القضائية على كفايته لإجابة طلب الإخلاء ، برغم أن النص عليه ورد فى المادة ١٩ دون المادة ١٨ من ذات القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ ، هذا إلى أنه يبدو من مدونات حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى ١٤٤ لسنة ٢٠ ق محل التعليق أن دعوى المؤجر قد أقيمت أمام المحكمة المختصة بطلب الإخلاء ، ولم يكون مطلوبا فيها إعادة الحال إلي ماكان عليه أو التعويض ، فلو أن المحكمة الدستورية العليا أرتأت القضاء بعدم دستورية النص المطعون عليه ولن يحقق مطلب المؤجر فى الإخلاء

لكانت قد انتهت إلى عدم القبول لهذا الطلب ، وذلك أخذا بما استقر عليه قضائها فى هذا الصدد ، من أن المصلحة الشخصية المباشرة فى الدعوى الدستورية ، هى شرط قبولها ، فلا بد أن يكون ثمة إرتباط بينها وبين المصلحة فى الدعوى الموضوعية ، وذلك بأن يكون الفصل فى المسألة الدستورية مؤثراً فى الطلبات المرتبطة بها المطروحة على محكمة الموضوع .

ومقتضى ذلك أن يترتب على القضاء بعدم الدستورية لنص المادة ١/١٩ من أحكام القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ ، والذى كان يمثل الرخصة التشريعية لحق المستأجر فى تغيير الإستعمال وتوقى العودة إلى الأصل المقرر فى القانون المدنى . من أحقية المؤجر فى طلب الإخلاء للعين التي تم تغيير استعمالها لغير السكنى . مالم يثبت أنه قد ارتضى هذا الاستعمال الضار صراحة أو ضمنا ، بإستمرار تقاضيه العلاوة المستحقة مقابل هذا التغيير .

ثالثا : مخالفة المحكمة الدستورية العليا مبدأ المساواة والتضامن الاجتماعى والوظيفة الاجتماعية لحق الملكية :

أن الأصل فى عقود القانون الخاص إبتناؤها على علائق تتكافأ

بشأنها مصالح أطرافها ، فلا يميل ميزانها فى إتجاه مناقض لطبيعتها إلا بقدر الضرورة التي لا يجوز أن تنفصل عنها مضمونها. ويتعين بالتالى أن تخلي مكانها عند تنظيمها لحرية التعاقد بحسبانها الأصل فى العقود جميعها ، وأن صورن الحرية الشخصية لا يعتبر مجرد ضمان ضد التدابير غير المبررة التي تنال من البدن ، مثل التى تتعلق بالقبض أو الإعتقال . وكان المشرع يبتغى فى النصوص الاستثنائية وضع قيود على الملكية الخاصة لاقامة علائق إيجارية متوازنة بين المستأجر والمال ، وذلك لإقامة قاعدة التضامن الإجتماعى الواردة فى المادة ٧ من الدستور من خلال الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية الخاصة الواردة فى المادة ٣٤ منه ، من ثم فإن نعى المحكمة الدستورية بمخالفة نص المادة ١/١٩ من القانون ١٣٦ للدستور يعتبر فى غير محله ، بل هو مخالف بكل المقاييس للغايات الدستورية ، فعندما أعلن الدستور الملكية الخاصة أكد على إسهامها فى صون الأمن الاجتماعى للأفراد . فقد أقام المشرع مراكز عقدية فى مجال العلائق الإيجارية الإستثنائية عندما رخص للمستأجر بتغيير الغرض فى استعمال العين فى غير السكنى ، بغير موافقة المؤجر ، فقبل كل ترخيص ألزمه بدفع مقابل إضافى يتراوح بنسبة

معينة حسب تاريخ إنشاء المبنى من ٢٠٠٪ الى ٥٠٪ وهو عائد يستفيد به المالك من خلال استعمال المستأجر ، ولا يجوز القول أن هذا الذى ذهب اليه المشرع الاستثنائى فيه غبن للمالك لحساب المستأجر. وأنه لايجوز للمغبون بالأمس أن يكون غابناً ، فتدخل المشرع لم يكن لقلب موازين الحق والعدل . ولكن لإقامة نوع من التعادل فى عقود القانون الخاص . فالدولة تكفل هؤلاء المستأجرين بحكم الدستور ، فليس هذا المال ملك المالك وحده ، بل ساهم فيه هذ المستأجر بالعمل ، ثم الذى حرمه المشرع التغيير السكنى إلى غير السكنى . ولم يتناول تحريم التغير من غير السكنى الى سكنى ، فهذا فرض واقع عملاً . وان كان قابل ، ثم إن المستأجر عندما يتاح له رخصة تغيير سكنه الى عيادة أو مكتب محامى ، أو شركة . فهل كل هذه الأعمال سوف تدر الربح الوفير ، فربما يغير سكنه الى عيادة ولا يكتب له (المستأجر) الفلاح التوفيق والنجاح ، وكذلك أى عمل آخر . فهل كان من الأنسب التعويل على مقابل الاستغلال الإضافى مع الأجرة والمطالبة بالزيادة .أم من الأنسب التعويل على حرية الاستعمال دون موافقة المؤجر ، فإن كان هناك مؤجر واحد متضرر من جراء ذلك ، فان الغالب الأعم ليس متضرراً من جراء هذا

التغيير دون الموافقة . وإذا كان هناك ضرر فإن المشرع رسم الطريق أمام هذا المؤجر المضرور للحصول عليه إلا بحكم قضائى نهائى ، ثم المطالبة بالإخلاء .

وحيث أن المشرع الاستثنائى راعى التوازن العقدى فى إطار الوظيفة الاجتماعية للملكية - كما سبق القول - ومن ثم فإن النص بعدم الدستورية على نص المادة ١٩/١ محل القضاء بعدم الدستورية يكون قد جانبه الصواب وذلك على النحو التالى :

١ - أن الملكية لها وظيفة اجتماعية :

إن الملكية فى إطار النظم الوظيفية التي تزاوج بين الفردية وتدخل الدولة ، لم تعد حقاً مطلقاً ولا هى عصبية على التنظيم التشريعى ، وليس لها من الحماية ما يجوز الانتفاع بها وبعناصرها ومن ثم شاع تحميلها بالقيود التي تتطلبها وظيفتها الاجتماعية . وهى وظيفة لا يتحدد نطاقها من فراغ ولا تفرض نفسها تحكماً ، بل تمليها طبيعة الأموال محل الملكية . والأغراض التي يبنى عليها رصيدها محددة ، بل على ضوء الواقع الاجتماعى فى بيئة معينة بذاتها ، وفى إطار هذه الدائرة وتقيدا بتخومها يفاضل المشرع بين

البدائل ، ويرجح على ضوء الموازنة التي يجريها ما يراه من المصالح أجدر بالحماية وأولى بالرعاية وفقا لأحكام الدستور مستهديا فى ذلك بوجه خاص بالقيم التي تنحاز إليها الجماعة فى مرحلة بذاتها من مراحل تطورها . وبمراعاة القيود التي يفرضها الدستور على حق الملكية للحد من إطلاقها ، ولا تعتبر مقصودة لذاتها ، بل غايتها خير الفرد والجماعة ، وحيث أن الشريعة الاسلامية فى مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التي لا تبديل فيها ولا تناقض أن الأصل فيها أن الأموال جميعها مردها الى الله تعالى ، الذى أنشأنها وبسطها الى عباده فى الأرض . ومن ثم مستخلفين فيها بعمارة هذه الأرض ، وجعلهم مسئولين عما فى أيديهم من الأموال ، وذلك مصداقا لقوله تعالى فى كتابه العزيز " وانفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه " .

ومن مقاصد الشريعة الغراء ، أن يكون إنفاق الأموال وإدارتها عبثا واسرافا أو ضد مصالح الجماعة .

وينبغى من ثم أن يكون لحق الملكية إطار محدد وواضح تتوازى فيه المصالح ولا تتنافر . وهذا هو ما فعله المشرع الوضعى

فى قانون إيجار الأماكن فى المادة ١/١٩ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ ، فوازن بين حرية المستأجر فى تغيير استعمال العين وحق المالك فى تقاضى المقابل لذلك ، وبالتالى فان القضاء بعدم دستورية هذا النص فيه مخالفة صريحة لأداء الملكية الخاصة بالوظيفة الاجتماعية ، لأن النظام فى مصر يأخذ بالازدواج بين الفردية وتدخل الدولة .

٢ - مخالفة مبدأ التضامن الاجتماعى والعدالة الاجتماعية

لقد أسس حكم المحكمة الدستورية عدم دستورية نص المادة ١/١٩ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ على مخالفة نص المادة ٧ من الدستور والخاصة بمبدأ التضامن الاجتماعى ، فالقول بمخالفة هذا المبدأ مردود عليه ، إن هذا المبدأ مؤداه وحدة الجماعة فى بنيانها وتداخل مصالحها ، وإمكان التوفيق بينها عند تزاحمها ، وهى غاية يجب أن تغلب فى نطاق الحقوق التي يتمتعون بها ، فيجب أن تتأسس على أسس موضوعية تقيم ميزانها عدلاً وانصافاً ، ولا تخل بالأمن الاجتماعى ولا محل للقول بالإخلال بمبدأ التضامن الاجتماعى فى هذا الصدد ، فالأصل أن سلطة المشرع فى مجال

تنظيم الحقوق ، هى سلطة تقديرية ، ما لم يقيدها الدستور بضوابط معينة ، وكان جوهر السلطة التقديرية يتمثل فى المفاضلة التي يمر بها المشرع بين البدائل المختلفة لاختيار ما يقدر أنه أقر بها لمصلحة الجماعة ، وأكثر ملائمة للوفاء بمتطلباتها فى نصوص الموضوع الذى يتناوله بالتنظيم . ولما كان نص المادة ١/١٩ محل التعليق والمقضى بعدم الدستورية له لا يعمد كلية إلى التضحية الكاملة بحقوق المؤجر ولا يسقطها كلية ، والتي قدرها مؤكد بالنص التشريعى . فأعطى المؤجر مقابل إضافى للأجرة فوق الأجرة القانونية مقابل سلب موافقته عند تغيير الاستعمال الى غير السكنى ، وحيث أن ما فعله المشرع ليس فيه أى مخالفة للدستور ، فحق المستأجر وإن كان لا يزال حقاً شخصياً مقصوراً على استعمال العين فقط ، ولايمتد الى سلطة الاستغلال ، فإن النص كان لايجيز للمستأجر سوى حق الانتفاع المقرر قانونا للمستأجر وليس الإستغلال والتصرف .

الفصل الثانى

احكام دستورية فى مجال القانون الجنائى

الحكم الصادر فى الدعوى رقم ١١٤ لسنة ٢١ق

دستورية عليا والصادر فى ٢٠٠١/٦/٢

عدم دستورية نص المادة ٤٨ عقوبات [(١)]

(عدم دستورية الاتفاق الجنائى)

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة يوم السبت ٢ يونيه سنة ٢٠١

الموافق العاشر من ربيع الأول سنة ١٤٢٢هـ .

برئاسة السيد المستشار / محمد ولى الدين جلال **رئيس المحكمة**

---

(١) أنظر مركز حقوق الانسان لمساعدة السجناء برنامج البحث القانونى وحقوق الإنسان التعليق على الحكم الصادر فى الدعوى ١١٤ لسنة ٢١ق دستورية وآراء الفقه وتقرير مفوضى الدولة الطبعة الأولى يونيه ٢٠٠١ .

وعضوية السادة المستشارين : حمدى محمد على وعبدالرحمن نصير والدكتور عبدالمجيد فياض وماهر البحيرى ومحمد على سيف الدين وعدلى محمود منصور .

وحضور السيد المستشار : محمد خيرى طه عبدالمطلب النجار

رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد / ناصر إمام محمد حسن **أمين السر**

أصدرت الحكم الاتى

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ١١٤ لسنة ٢١ قضائية " دستورية "

المقامة من

السيد / السعيد عيد طه نور

ضد

١ - السيد / رئيس الجمهورية

٢ - السيد وزير العدل

٣ - السيد رئيس مجلس الشعب

٤ - السيد النائب العام

الاجراءات

بتاريخ الثانى والعشرين من يوليو سنة ١٩٩٩ أودع المدعى قلم كتاب المحكمة صحيفة الدعوي الماثلة طالبا الحكم بعدم دستورية نص المادة ٤٨ من قانون العقوبات

وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فيها الحكم برفض الدعوى

وبعد تحضير الدعوى ، أودعت هيئة المفوضين تقريرا برأيها

ونظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة ، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق ، والمداولة

حيث أن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر

الأوراق - تتحصل فى أن النيابة العامة أحالت المدعى إلى محكمة جنايات طنطا . متهمة إياه بأنه - بدائرة مركز زفتى محافظة الغربية - أحرز بغير ترخيص سلاحا ، وأتفق مع آخر على ارتكاب جنحة سرقة مرتبطة بجناية ارتكبها الأخير ، وأثناء نظر الدعوى دفع المدعى بعدم دستورية نص المادة ٤٨ من قانون العقوبات ، فقدرت محكمة الموضوع جدية هذا الدفع وصرحت له برفع الدعوى الدستورية فأقام الدعوى الماثلة .

وحيث أن المادة ٤٨ من قانون العقوبات يجرى نصها كالآتى:

فقرة أولى : يوجد اتفاق جنائى كلما أتحد شخصان فأكثر على ارتكاب جناية أو جنحة ما أو على الأعمال المجهزة أو المسهلة لارتكابها ، ويعتبر الاتفاق جنائيا سواء أكان الغرض منه جائزا أم لا إذا كان ارتكاب الجنايات أو الجنح من الوسائل التي لوحظت فى الوصول إليه.

فقرة ثانية : وكل من اشترك فى اتفاق جنائى سواء كان الغرض منه ارتكاب الجنايات أو اتخاذها وسيلة للوصول إلى الغرض المقصود منه يعاقب لمجرد اشتراكه بالسجن . فإذا كان الغرض من

الاتفاق ارتكاب الجنح أو اتخاذها وسيلة للوصول إلى الغرض المقصود منه يعاقب المشترك فيه بالحبس " .

وأنه يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة فى الحالة الأولى المنصوص عليها فى الفقرة السابقة وبالسجن فى الحالة الثانية ".

فقرة رابعة : " ومع ذلك إذا لم يكن الغرض من الاتفاق إلا إرتكاب جناية أو جنحة معينة عقوبتها أخف مما نصت عليه الفقرات السابقة فلا توقع عقوبة أشد مما نص عليه القانون لتلك الجناية أو الجنحة .

فقرة خامسة : " ويعفى من العقوبات المقررة فى هذه المادة كل من بادر من الجناة بإخبار الحكومة بوجود اتفاق جنائى ، بمن اشتركوا فيه قبل وقوع أية جناية أو جنحة ، وقبل بحث وتفتيش الحكومة عن أولئك الجناة ، فإذا حصل الإخبار بعد البحث والتفتيش تعين أن يوصل الإخبار فعلا إلى ضبط الجناة الآخرين .

وحيث أن المدعى ينعى على نص هذه المادة عدم بيانه للركن

المادى للجريمة ، ذلك أن الركن المادى هو سلوك أو نشاط خارجى ، فلا جريمة بغير فعل أو ترك ، ولا يجوز للمشرع الجنائى أن يعاقب على مجرد الأفكار والنوايا ، باعتبار أن أوامر القانون ونواهيه لا تنتهك بالنية وحدها ، وإنما بالأفعال التي تصدر عن إرادة آثمة ، فضلا عن أن النص جاءت صياغته واسعة يمكن تحميلها بأكثر من معنى وتتعدد تأويلاتها إذ ترك تحديد الأعمال المجهزة والمسهلة للجريمة لاجتهادات مختلفة مما يفقده خاصية اليقين التي يجب توافرها فى النصوص الجزائية .

وحيث إنه باستعراض التطور التاريخى للمادة ٤٨ المشار إليها ، يبين أن المشرع المصرى أدخل جريمة الاتفاق الجنائى كجريمة قائمة بذاتها – تختلف عن الاتفاق كسبيل من سبل المساهمة الجنائية – بالمادة ٤٧ مكررة من قانون العقوبات الأهلى ، وكان ذلك بمناسبة اغتيال رئيس مجلس النظار سنة ١٩١٠ فقدمت النيابة العامة إلى قاضى الإحالة تسعة متهمين أولهم بتهمة القتل العمد مع سبق الإصرار والترصد ، والباقين بتهمة الاشتراك فى القتل ، غير أن القاضى اقتصر على تقديم الأول إلى محكمة الجنايات ورفض إحالة

الباقين لعدم توافر أركان الجريمة قبلهم ، فتقدمت الحكومة إلى مجلس شورى القوانين بمشروع بإضافة نص المادة ٤٧ مكررة إلى قانون العقوبات الأهلى - وهو يؤثم جريمة الاتفاق الجنائى المجرد على ذات النحو الذى ورد بعد ذلك بالنص الطعين مع خلاف القانون المصرى - كالقوانين - لا يعاقب على شئ من الأعمال التى تتقدم الشروع فى ارتكاب الجريمة ، كالتفكير فيها والتصميم عليها واتفاق الفاعلين أو الفاعلين والشركاء علي كيفية ارتكابها ، ولا على إتيان الأعمال المجهزة أو المحضرة لها . وعرج المجلس إلى المقارنة بين النص المقترح ونظيره فى القانون المقارن موضحا أن القانون الفرنسى يشترط للتجريم وجود جمعية من الجناة أو اتفاق بين عدة أشخاص وأن يكون غرض الجمعية أو الاتفاق تحضير أو ارتكاب جنايات على الأشخاص والأموال وأشار المجلس الى أنه إذا كانت هناك حاجة للاستثناء من ذلك فيجب أن يكون بقدر الضرورة التي يقتضيها حفظ النظام ، وأنه لأجل أن تكون المادة ٤٧ مكررة مقيسة بمقياس الضرورة النافعة فيجب ألا تشمل سوى الجمعيات التي يخشى منها على ما يجب للموظفين العموميين أو السياسيين من الطمأنينة ، أو بعبارة أخرى يجب أن لا يقصد منها الا حماية نظام

الحكومة ، فلا يشمل النص الأحوال كالاتفاقات الجنائية التي تقع بين شخصين أو أكثر على ارتكاب جناية أو جنحة تدخل فى باب الجرائم العادية كجرائم السرقة أو الضرب أو التزوير أو غير ذلك من الجرائم الواقعة على الأشخاص وعلى الأموال ، غير أن نظارة الحقانية رقضت اقتراح المجلس اذ رأته يثير صعوبات كبيرة فى العمل ويفتقد الضمانات الفعالة ضد جميع الاتفاقات التي تكون غايتها تحقيق المقاصد السياسية بطريق القوة ، وأضافت أن القانون الجديد لم يوضع إلا للأحوال التي تجعل الأمن العام فى الخطر ، ولن يعمل به أصلا بما يجعله مهددا للحرية الشخصية ، والمأمول أن لا تدعو الأحوال إلى تطبيق هذا القانون إلا فى النادر كما فى البلاد التي أستقى منها ، وصدر نص المادة ٤٧ مكررة عقوبات أهلى معاقبا على الاتفاق الجنائى ، بعد أن برر مستشار الحكومة استعمال المشرع لتعبير الاتفاق الجنائى بديلا عن كلمة association الواردة فى القانون الفرنسى - والتي جاءت أيضا فى النسخة الفرنسية لقانون العقوبات الأهلى - بأن هذا اللفظ الأخير قد يفيد قدرا من التنظيم والاستمرار .

وحيث إن أحكام القضاء فى شأن جريمة الاتفاق الجنائى - كجريمة قائمة بذاتها - اتجهت فى البداية إلى وجوب قيام اتفاق منظم ولو فى مبدأ تكوينه وأن يكون مستمرا ولو لمدة من الزمن ، واستند القضاء فى ذلك إلي الاسترشاد بالفكرة التي حملت المشرع الى تجريم الاتفاق الجنائى ، غير أنه عدل بعد ذلك عن هذا الاتجاه ، فقضى بأن مجرد الاتفاق على ارتكاب جناية أو جنحة كاف بذاته لتكوين جريمة الاتفاق الجنائى بلا حاجة الى تنظيم ولا إلى استمرار ، وقد أشير فى بداية هذا العدول إلى المادة ٤٧ مكررة عقوبات أهلى هى النقض الشديد فى بعض أصول القانون الأساسية ، وأن عبارات التنظيم والاستمرار هى عبارات اضطراب المحاكم للقول بها هربا من طغيان هذه المادة ، والظاهر - من الأعمال التحضيرية للنص - أن مراد واضعيه أن يكون بيد الحكومة أداة تستعملها عند الضرورة وفى الأحوال الخطرة استعمالا لا يكون فى اتساع ميدانية وشموله محلا للتأويل من جهة القضاء التي تطبقه ، وأن الأجدر معاودة النظر فى ذلك النص بما يوائم بين الحفاظ على النظام والأمن العام من جهة ويزيل اللبس والخلط بينه والمبادئ الأخرى ، وإلى أن يتم ذلك فلا سبيل لتفادى إشكال هذا النص ومنع أضراره ، إلا ما حرصت

عليه النيابة العامة من عدم طلب تطبيقه إلا فى الأحوال الخطرة على الأمن العام ، وإذا كان المشرع قد عاود النظر مرتين فى المادة سالفة الذكر سنتى ١٩٣٣ ، ١٩٣٧ إلا أنه ظل على فكرته الأساسية فيها التي تقوم على عقاب الاتفاق البسيط على ارتكاب أية جناية أو جنحة ، ولو لم تقع أية جريمة نتيجة لذلك الاتفاق .

وحيث إن نص المادة ٤٨ المشار اليها كان محل انتقاد اللجنة التي شكلت لوضع آخر مشروع حديث متكامل لقانون العقوبات - خلال الوحدة بين مصر وسوريا تحت إشراف مستشار رئيس الجمهورية للشئون القانونية آنذاك - برئاسة الأستاذ على بدوى وزير العدل وعميد كلية الحقوق بجامعة القاهرة الأسبق وعضوية كل من رئيس الدائرة الجنائية بمحكمة النقض والمستشار عادل يونس والدكتور على راشد أستاذ القانون الجنائى بكلية الحقوق بجامعة عين شمس .. وغيرهم ، حيث ورد بالمذكرة الايضاحية للمشروع أنه قد أصلح من أحكام جريمة الاتفاق الجنائى التي تم وضع نصها فى ظروف استثنائية والتي لم يكن لها نظير ... وأعيد صياغة أحكامها بحيث تتفق مع اتجاهات التشريع الحديث : واختتمت تلك المذكرة

بأنه قد رؤى أنه من الأفضل أن يلحق بالنصوص المقترحة ما يتصل بها من تعليقات وايضاحات مبررة لها أو مفسرة لأحكامها لترجمة مباشرة لأفكار من اشتركوا فى صوغ أحكامه وقت مناقشتها مما لايتوافر عادة فى المذكرات الايضاحية ... فضلا عن ميزة تسهيل الوقوف على مقاصد النصوص التي تم التوصل اليها بإجماع الآراء وبذلك يكون المشروع خلاصة لأعمال لجان متعددة ومشاريع استغرق وضعها سنين طويلة الأمد ، روجعت على ضوء القانون المقارن والفقه الحديث ونشاط المؤتمرات الدولية ليكون ذلك القانون مرآة لما بلغته الجمهورية من تطور مرموق فى الميدان التشريعى ، وفى مقام التعليق على نص المشروع فى المادة ٥٩ منه (المقابلة للمادة ٤٨ من قانون العقوبات) أوردت اللجنة أنها رأت بمناسبة وضع التشريع الجديد أن جريمة الاتفاق الجنائى على الوضع المقرر فى التشريع المصرى الحالى فى المادة ٤٨ إنما هو نظام استثنائى اقتضت إنشاءه ظروف استثنائية ويندر وجود نظير له فى الشرائع الأخرى الحديثة .... هذا فضلا عما أفضى إليه تطبيقه من الاضطراب والجدل فى تفسير أحكامه ، ولذلك فضلت اللجنة العدول عنه فى

المشروع الجديد اكتفاء بجرائم الاتفاقات الخاصة التي نص عليها القانون في حالات معينة بارزة الخطورة ، يضاف إلى ذلك أن اللجنة رأت ... اعتبار تعدد المجرمين ... ظرفا مشددا إذا وقعت الجريمة بناء على اتفاقهم السابق ، فإذا بقى الاتفاق بغير نتيجة كان هناك محل لتوقيع التدابير الاحترازية التي يقررها القانون .. بدلا من توقيع العقوبات العادية .. وتحديدا لمعنى الخطورة ... اشترط النص أن يقع الاتفاق من ثلاثة على الأقل حتى يتحقق الظرف المشدد أو بتوافر شرط توقيع التدابير الاحترازية ، وليس المراد بالاتفاق فى هذه الحالة مجرد التفاهم العرضى وإنما هو الاتفاق المصمم عليه الذى تدبر فيه الجريمة وكيفية ارتكابها ، وهذا النوع من الاتفاق هو الذى يبلغ درجة الخطورة تقتضى معالجتها تشريعيا بتشديد العقاب إذا وقعت الجريمة المدبرة ، أو بتوقيع التدابير الاحترازية التي يقررها القانون ... إذا لم تقع الجريمة ، والمفهوم من تعبير وقوع الجريمة نتيجة للاتفاق ... هو أن تقع الجريمة تامة أو مشروعا فيها شروعا معاقبا عليه .

وحيث إنه كان الهدف من التجريم قديما هو مجرد مجازاة

الجانى عن الجريمة التي اقترفها ، فقد تطور هذا الهدف في التشريع الحديث ليصبح منع الجريمة سواء كان المنع ابتداء أو ردع الغير عن ارتكاب مثلها ، فالاتجاهات المعارضة للسياسية الجنائية في مختلف الدول تتجه - كما تشير المؤتمرات المتعاقبة للأمم المتحدة بشأن منع الجريمة ومعاملة المجرمين - إلى أهمية اتخاذ التدابير المانعة لوقوع الجريمة وسن النصوص التى تكفل وقاية المجتمع منها وتجريم الاشتراك فى الجمعيات الإجرامية وتنمية التعاون الدولى لمكافحة الجريمة المنظمة ، إلا أن شرعية النصوص التي تتخذ كوسيلة لتحقيق هذه الأهداف مناطها توافقها وأحكام الدستور واتفاقها ومبادئه ومقتضاه ، ومن ثم يتعين على المشرع - فى هذا المقام - إجراء موازنة دقيقة بين مصلحة المجتمع والحرص على أمنه واستقراره من جهة ، وحريات وحقوق الأفراد من جهة أخرى .

وحيث أن الدستور ينص فى المادة ٤١ على أن " الحرية الشخصية حق طبيعى وهى مصونة لا تمس ... كما ينص فى المادة ٦٦ على أن " العقوبة شخصية . ولا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون ، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائى ، ولا عقاب إلا على

الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون ، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائى ، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون " .
كما حرص فى المادة ٦٧ على تقرير افتراض البراءة ، فالمتهم برئ إلى أن تثبت إدانته فى محاكمة منصفة تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه .

وحيث أن الدستور - بنص المادة ٦٦ سالفة الذكر - قد دل على أن لكل جريمة ركنا ماديا لأقوام لها بغيره يتمثل أساسا فى فعل أو امتناع وقع بالمخالفة لنص عقابى ، مفصحا بذلك عن أن ما يركن إليه القانون الجنائى ابتداء فى زواجره ونواهيه هو مادية الفعل المؤاخذة على ارتكابه إيجابيا كان هذا الفعل أم سلبيا ، تلك العلائق التي ينظمها هذا القانون فى مجال تطبيقه على المخاطبين بأحكامه ، محورها الأفعال ذاتها ، فى علاماتها الخارجية ، ومظاهرها الواقعية ، وخصائصها المادية ، إذ هى مناط التأثيم وعلته ، وهى التي يتصور إثباتها ونفيها ، وهى التي يتم التمييز على ضوئها بين الجرائم بضعها البعض ، وهى التي تطبقها محكمة الموضوع على حكم العقل لتقييمها وتقدير العقوبة المناسبة لها ، ولا يتصور

بالتالى وفقـا لأحكـام الدسـتور أن توجد جريمة فى غيبة ركنها المادى ، ولا إقامة الدليل على توافر السببية بين مادية الفعل المؤثم والنتائج التي أحدثها بعيدا عن حقيقة هذا الفعل ومحتواه ، ولازم ذلك أن كل مظاهر التعبير عن الإرادة البشرية - وليس النوايا التي يضمرها الإنسان فى أعماق ذاته - تعتبر واقعة فى منطقة التجريم كلما كانت تعكس سلوكا خارجيا مؤاخذا عليه قانونا ، فإذا كان الأمر غير متعلق بأفعال أحدثتها إرادة مرتكبها ، وتم التعبير عنها خارجيا فى صورة مادية لا تخطئها العين ، فليس ثمة جريمة .

وحيث إنه من القواعد المبدئية التي يتطلبها الدستور فى القوانين الجزائية ، أن تكون درجة اليقين التي تنتظم أحكامها فى أعلى مستوياتها ، وأظهر فى هذه القوانين منها فى أية تشريعات أخرى ، ذلك أن القوانين الجزائية تفرض على الحرية الشخصية أخطر القيود وأبلغها أثرا ، ويتعين بالتالى - ضمانا لهذه الحرية - أن تكون الأفعال التي تؤثمها هذه القوانين محددة بصورة قاطعة بما يحول دون التباسها بغيرها ، وأن تكون تلك القواين جلية واضحة فى بيان الحدود الضيقة لنواهيها ، ذلك أن التجهيل بها أو انبهامها فى

بعض جوانبها ، يشكل عبثا فى التشريع كذلك فإن غموض مضمون النص العقابى مؤداه أن يحال بين محكمة الموضوع وبين أعمال قواعد منضبطة تعين لكل جريمة أركانها وتقرر عقوبتها بما لاخفاء فيه ، وهى قواعد لا ترخص فيها وتمثل إطارا لعملها لا يجوز تجاوزه ، ذلك أن الغاية التي يتوخاها الدستور هى أن يوفر لكل مواطن الفرص الكاملة لمباشرة حرياته فى إطار من الضوابط التي قيدها بها ، ولازم ذلك أن تكون القيود على الحرية التي تفرضها القوانين الجزائية ، محددة بصورة يقينية لأنها تدعو المخاطبين بها الى الامتثال لها لكي يدافعوا عن حقهم فى الحياة وكذلك عن حرياتهم ، تلك المخاطر التي تعكسها العقوبة ، بحيث لا يتم تجاوز الحدود التي اعتبرها الدستور مجالا حيويا لمباشرة الحقوق والحريات التي كفلها ، وهو ما يخل فى النهاية بالضوابط الجوهرية التي تقوم عليها المحاكمة المنصفة وفقا لنص المادة ٦٧ من الدستور.

وحيث أن البين من استقراء نص الفقرة الأولى من المادة ٤٨ المشار اليها أنها عرفت الاتفاق الجنائى بأنه اتحاذ شخصين أو أكثر على ارتكاب جناية أو جنحة أو على الأعمال المجهزة أو المسهلة

لارتكابها ، ولم يشترط النص عددا أكثر من اثنين لقيام الجريمة ، كما لم يتطلب أن يستمر الاتفاق لمدة معينة أو أن يكون على قدر من التنظيم ، وقد يكون محل الاتفاق عدة جنايات ، أو عدة جنح ، أو مجموعة جرائم مختلطة من النوعين معا ، كما قد لا يرد الاتفاق الا على جناية أو جنحة واحدة ، ولم يستلزم النص أن تكون الجريمة أو الجرائم المتفق على ارتكابها على درجة الجسامة ، بل قد يكون محل الاتفاق اقتراف أى جنحة مهما كانت قليلة الأهمية فى دلالتها الإجرامية ، كما أنه ليس يلازم أن تتعين الجناية أو الجنحة محل الاتفاق كما لو تم الاتفاق على استعمال العنف - بأى درجة - لتحقيق غاية الاتفاق ، سواء كانت هذه الغاية فى ذاتها مشروعة أو غير مشروعة ، ومن ثم فإن نطاق التجريم جاء واسعا فضفاضا لاتقتضيه ضرورة اجتماعية مبررة .

وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن شرعية الجزاء - جنائيا كان أم مدنيا أم تأديبيا - مناطها أن يكون متناسبا مع الأفعال التي أثمها المشرع أو حظرها أو قيد مباشرتها ، فالأصل فى العقوبة هو معقوليتها ، فكلما كان الجزاء الجنائى بغيضا أو غائيا

أو كان متصلا بأفعال لا يسوغ تجريمها ، أو مجافيا بصورة ظاهرة للحدود التي يكون معها فإنه يكون غير مناسب للفعل واعتداء على الحرية الشخصية اعتسافا ، متى كان ذلك ، وكانت الفقرة الثانية من المادة ٤٨ تقرر عقوبة السجن على الاتفاق الجنائى على ارتكاب جناية ، وكانت عقوبة السجن هى وضع المحكوم عليه فى أحد السجون العمومية وتشغيله داخل السجن أو خارجه فى الأعمال التى تعينها الحكومة المدة المحكومة بها عليه ، ولا يجوز أن تنقص عن ثلاث سنوات ولا أن تزيد على خمس عشرة سنة إلا فى الأحوال الخصوصية المنصوص عليها قانونا ، بينما هناك جنايات كثيرة حدد المشرع العقوبة فيها بالسجن مدة تقل عن خمس عشرة سنة ، كما تنص ذات الفقرة على أن عقوبة الاتفاق الجنائى على ارتكاب الجنح هى الحبس أى وضع المحكوم عليه فى أحد السجون المركزية أو العمومية المدة المحكوم بها عليه وحدها الأدنى أربع وعشرون ساعة ولا تزيد على ثلاثة سنوات الا فى الأحوال الخصوصية المنصوص عليها قانونا ، بينما هناك جنح متعددة حدد المشرع العقوبة فيها بالحبس مدة تقل عن ثلاث سنوات ، وهو ما يكشف عن عدم تناسب العقوبات الواردة فى الفقرة الثانية من النص المطعون فيه مع الفعل

المؤثم ، ولا وجه للمحاجة فى هذا المقام بأن الفقرة الرابعة من المادة ٤٨ المشار اليها تقضى بأنه إذا كان محل الاتفاق جناية أو جنحة معينة عقوبتها أخف مما نصت عليه الفقرة السابقة فلا توقع عقوبة أشد مما نص عليه القانون لتلك الجناية أو الجنحة ، ذلك أن محل الاتفاق – كما سبقت الإشارة – قد يكون ارتكاب جناية أو جنحة غير معينة بذاتها وعندئذ توقع العقوبات الواردة فى الفقرة الثانية من المادة وحدها ، وهى تصل الى السجن خمس عشرة سنة أو الحبس ثلاث سنوات – حسب الأحوال – ولا شك أنهما عقوبات مفرطة فى قسوتها تكشف عن مبالغة المشرع فى العقاب بما لا يتناسب والفعل المؤثم .

وحيث إنه لما كان الهدف من العقوبة الجنائية هو الزجر الخاص للمجرم جزاء لما اقترف ، والردع العام للغير ليحمل من يحتمل ارتكابهم الجريمة على الإعراض عن إتيانها ، وكانت الفقرة الرابعة من المادة ٤٨ تقرر توقيع العقوبة المقررة لارتكاب الجناية أو الجنحة محل الاتفاق على مجرد الاتفاق على اقترافها حتى ولو لم يتم ارتكابها فعلا ، فإنها بذلك لا تحقق ردعا عاما ولا خاصا ، بل

إن ذلك قد يشجع المتفقين على ارتكاب الجريمة محل الاتفاق طالما أن مجرد الاتفاق على اقترافها سيؤدى إلى معاقبتهم بذات عقوبة ارتكابها . قامت على عناصر متنافرة نجم عن ذلك افتقاد الصفة بين النصوص ومراميها ، وربما تكون مؤدية إلي تحقيق الغاية المقصودة منها لانعدما الرابطة المنطقية بينها ، تقديرا بأن الأصل فى النصوص التشريعية - فى الدولة القانونية - هو ارتباطها عقلا بأهدافها ، باعتبار أن أى تنظيم تشريعى ليس مقصودا لذاته ، وإنما هو مجرد وسيلة لتحقيق تلك الأهداف ، ومن ثم يتعين دائما استظهار ما إذا كان النص الطعين يلتزم إطارا منطقيا للدائرة التي يعمل فيها ، كافلا من خلالها تناغم الأغراض التي يستهدفها ، أم متهادم مع مقاصده أو مجاوزا لها ، ومناهضا - بالتالى - لمبدأ خضوع الدولة للقانون المنصوص عليه فى المادة ٦٥ من الدستور : متى كان ذلك وكان المشرع الجنائى قد نظم أحكام الشروع فى الباب الخامس من قانون العقوبات (المواد من ٤٥ الى ٤٧) وهو الذى يسبق مباشرة الباب السادس الخاص بالاتفاق الجنائى ، وكان الشروع هو البدء فى تنفيذ فعل بقصد اركاب جناية إذا أوقف أثره لأسباب لادخل لإرادة الفاعل فيها ، وكان مجرد العزم على ارتكاب الجريمة

أو الأعمال التحضيرية لذلك لا يعتبر شروعا ، بحيث يتعدى الشروع مرحلة مجرد الاتفاق على ارتكاب الجريمة الى البدأ فعلا فى تنفيذها ، وكان الشروع غير معاقب عليه فى الجنح إلا بنص خاص ، أما فى الجنايات فإن عقوبة الشروع تقل درجة عن العقوبة المقررة لارتكاب الجناية ، أو بما لا يزيد على نصف الحد الأقصى للعقوبة المقررة للجريمة التامة ، فإذا أعقب المشرع تلك الأحكام بالنص فى المادة ٤٨ على تجريم مجرد اتحاد إرادة شخصين أو أكثر على ارتكاب أي جناية أو جنحة أو على الأعمال المجهزة أو المسهلة لارتكابها ، وتحديد العقوبة على النحو السالف بيانه بالعقوبة المقررة لارتكاب الجناية أو الجنحة محل الاتفاق ، فإنه يكون منتهجا نهجا يتنافر مع سياسة العقاب على الشروع ، ومناقضا- بالتالى - للأسس الدستورية للتجريم .

وحيث أن الفقرة الأخيرة من المادة ٤٨ تقرر الإعفاء من العقوبات المقررة لمن يبادر من الجناه بإخبار الحكومة بوجود الاتفاق الجنائى والمشتركين فيه قبل وقوع الجناية أو الجنحة محل الاتفاق ، فإن حصل الإخبار بعد البحث والتفتيش تعين أن يوصل الى ضبط

الجناة ، وذلك ابتغاء تشجيع المتفقين على الإبلاغ باعفائهم من العقاب على النحو السالف البيان ، إلا أن مؤدى النص أنه إذا ما تم الاتفاق ثم عدل المتفقون جميعا من تلقاء أنفسهم عن المضى فى الاتفاق فإن جريمة الاتفاق الجنائى تكون قد وقعت متكاملة الأركان ويحق العقاب على المتفقين ، فيغدو ارتكاب الجريمة محل الاتفاق - فى تقدير المتفقين - ليس أسوأ من مجرد الاتفاق عليها ولا يكون لتجنب ارتكابها والعدول عن اقترافها فائدة ما ، وهو ما يعنى عدم تحقيق النص المطعون عليه للمقاصد التي ابتغاها المشرع.

وحيث أن الرقابة القضائية التى تباشرها هذه المحكمة فى شأن دستورية النصوص العقابية ، تضبطها مقاييس صارمة ، ومعايير حادة تتسم وطبيعة هذه النصوص فى اتصالها المباشر بالحرية الشخصية التي أعلى الدستور قدرتها ، مما يفرض على المشرع الجنائى أن ينتهج الوسائل القانونية السليمة سواء فى جانبيها الموضوعية أو الإجرائية لضمان ألا تكون العقوبة أداة عاصفة بالحرية ، وأن تكون العقوبة التي يفرضها فى شأن الجريمة تبلور مفهومها للعدالة يتحدد على ضوء الأغراض الاجتماعية التي تستهدفها ، فلا يندرج تحتها مجرد رغبة الجماعة فى إرواء تعطشها للثأر والانتقام ، أو سعيها للبطش بالمتهم ، كما لا يسوغ للمشرع أن يجعل من

نصوصه العقابية شباكا أو شراكا يلقيها ليتصيد باتساعها أو بخفائها من يقعون تحتها أو يخطئون مواقعها ، وكان الجزاء الجنائى لايعد مبرراً إلا إذا كان واجبا لمواجهة ضرورة اجتماعية لها وزنها ، ومتناسبا مع الفعل المؤثم ، فإن جاوز ذلك كان مفرطا فى القسوة مجافيا للعدالة ، ومنفصلا عن أهدافه المشروعة ، متى كان ما تقدم جميعه فإن المادة ٤٨ المشار اليها تكون قد وقعت فى حمأة المخالفة الدستورية لخروجها على مقتضى المواد ٤١ و ٦٥ و ٦٦ و ٦٧ من الدستور .

فلهذه الأسباب

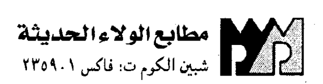
حكمت المحكمة بعدم دستورية نص المادة ٤٨ من قانون العقوبات ، وألزمت الحكومة المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة .

أمين السر	رئيس الجلسة
ناصر امام محمد	محمد ولى الدين جلال

انتهى بحمد الله وشكره

د/ سعيد عبدالسلام

وكيل كلية الحقوق جامعة المنوفية


مطابع الولاء الحديثة
شبين الكوم ت: فاكس ٢٣٥٩٠١